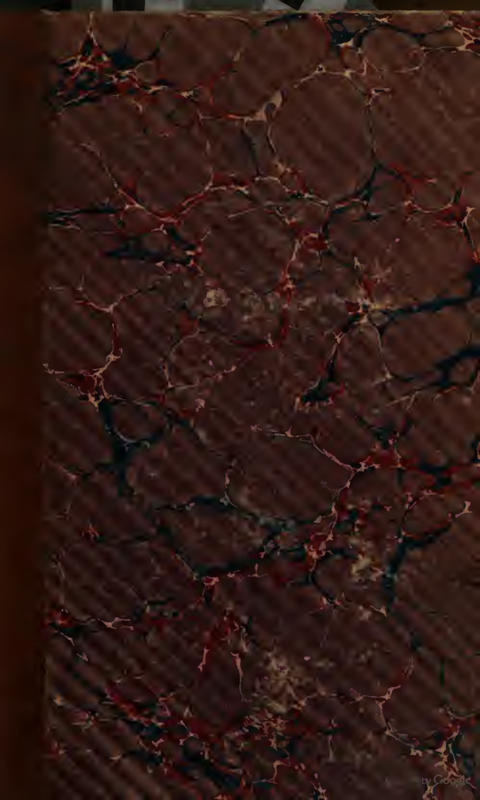



B 5
432
BIBLIOTECA NAZIONALE
CENTRALE - FIRENZE

INSTITUTES

DE JUSTINIEN

NOUVELLEMENT EXPLIQUÉES.



INSTITUTES

DE

JUSTINIEN

NOUVELLEMENT EXPLIQUÉES,

PAR

A. M. DU CAURROY,

PROFESSEUR DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

CINQUIÈME ÉDITION.





Bruxelles,

A LA LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE DE H. TARLIER,

ÉDITEUR DES ÉDITIONS BELGES DE MERLIN, DALLOZ, DURANTON, TOULLIER, SIREY, GRENIER, ROGRON, PAILLIET, POTHIER, LEGRAVEREND, DUPIN, LERMINIER, PROUDHON, PIGEAU, PARDESSUS, DE LA COLLECTION COMPLÈTE DES LOIS, DU BULLETIN DES ARRÊTS DE CASSATION, ETC.

1834.

AVERTISSEMENT.

Ce livre n'est pas destiné à remplacer le texte des Institutes; il n'a d'autre but que d'en faciliter l'étude et l'intelligence. Mes opinions, mes assertions ne prouvent rien par elles-mêmes : elles n'ont et ne peuvent avoir d'autre autorité que celle des textes, qui seuls doivent ou justifier ou combattre les principes d'un auteur. Pour offrir la prouve des miens, j'ai fait de nombreuses citations.

Elles sont de plusieurs espèces :

Les unes sont tirées des Institutes de Justinien ; en tête de chaque explication, j'ai indiqué les parties du texte auxquelles cette explication se réfère, dont elle suppose nécessairement la lecture, et d'où sont tirées les expressions latines que je transcris souvent sans autre indication. Ces parties du texte sont indiquées hors ligne, par les lettres PR., ou par des chiffres romains, suivant que l'explication porte sur le *principium* du titre, ou sur un des paragraphes subséquens. Outre cette citation principale, les institutes de Justinien fournissent encore d'autres citations accessoires, écrites entre parenthèses; elles commencent toutes par les lettres *Pr.*, ou par le signe §, suivi d'un chiffre arabe qui précède l'indication du titre ou plutôt de sa rubrique. Ainsi, par exemple, à la page 97, le chiffre XXVI avertit que tout ce qui va suivre se réfère principalement au vingt-sixième paragraphe du titre; et dans la page suivante, la parenthèse (§ 19, *de obl. quæ ex del.*; § 14, *de action.*) nous reporte au dix-neuvième paragraphe du titre *de Obligationibus quæ ex delicto nascuntur*, et au quatorzième, du titre *de Actionibus*.

Le Code Justinien contient un grand nombre de constitutions, et le Digeste ou les Pandectes, un grand nombro d'extraits empruntés aux anciens jurisconsultes. Les citations prises à ces deux sources indiquent

toujours, en commençant, le nom du prince, suivi de la lettre *C.*, ou celui du jurisconsulte, suivi des lettres *fr.* Il s'agit, dans le premier cas, d'une constitution qu'il faut chercher au Code, et dans le second, d'un extrait ou d'un fragment conservé au Digeste (1). Le chiffre arabe qui vient après cette indication désigne le rang que la constitution ou le fragment cité occupe dans son titre. Lorsqu'il y a subdivision en *principium* et paragraphes, elle est annoncée par les lettres *pr.*, ou par le signe §, suivi d'un chiffre arabe. Vient ensuite la rubrique du titre en abrégé. Ainsi, par exemple, on trouvera, page 36, la citation suivante : (*Constant, C. 2, de patr. qui fil.*), et cette autre (*Marcian. fr. 5. ad leg. Pomp.*); la première indique une constitution de Constantin, et la seconde un fragment de Marcien, qui se trouvent dans le *Corpus juris*, savoir : la constitution, au Code sous le titre *de Patribus qui filios suos distraxerunt ;* et le fragment de Marcien, au Digeste, sous le titre *ad legem Pompeiam.* Quelquefois la rubrique du titre est remplacée par les abréviations *eod.* (*eodem titulo*) ou *h. t.* (*hoc titulo*). La première indique le titre désigné dans une précédente citation, et la seconde, le titre du Digeste ou du Code portant la même rubrique que le titre des Institutes, à l'occasion duquel est faite la citation. Quant aux novelles de Justinien, elles sont toujours citées chacune par son numéro, précédé de l'abréviation *Nov.*

Les constitutions qui ne se trouvent pas dans la compilation de Justinien sont citées comme les précédentes, en ajoutant les abréviations *C. Th.*, *C. Gr.* ou *C. Her.*, selon qu'il s'agit des Codes Théodosien, Grégorien ou Hermogénien.

J'ai souvent cité, hors du *Corpus juris*, l'autorité des anciens jurisconsultes, et particulièrement celle de Caïus, d'Ulpien et de Paul; ces diffé-

(1) Justinien ayant conservé ou donné force de loi aux constitutions insérées dans son Code, et aux décisions des anciens jurisconsultes réunis dans ses Pandectes, les unes et les autres ont eu long-temps le titre de loi. Aussi les anciens auteurs commencent-ils toujours leurs citations par la lettre L., en ajoutant pour les lois du Code la lettre C., et pour celles du Digeste la lettre D. ou le signe ff. L'abandon de cet ancien genre de citation me paraît une conséquence nécessaire du système que j'ai constamment suivi. En effet Justinien n'est plus pour nous un législateur. Le Digeste ne nous offre plus que des opinions de jurisconsultes, et le Code, des Constitutions dont l'autorité toute rationnelle reste indépendante de l'autorité législative de Justinien. Ce ne sont plus pour nous des lois, mais des monumens plus ou moins altérés de la législation romaine.

rentes citations se réfèrent aux Institutes de Caïus, aux Sentences de Paul et au petit Traité d'Ulpien (*Regularum liber singularis*), vulgairement appelé *Fragmenta Ulpiani* ou *Tituli ex corpore Ulpiani* : les abréviations *inst.*, *sent.*, *reg.*, précédées du nom de Caïus, de Paul ou d'Ulpien, ne peuvent donc offrir aucune difficulté. Ces mêmes abréviations sont toujours précédées et suivies de plusieurs nombres en chiffres arabes; le nombre qui précède indique, dans les Règles d'Ulpien, le n° du titre; et dans les Institutes de Caïus, le n° du livre; le nombre qui vient ensuite désigne le paragraphe. Pour les Sentences de Paul, je me sers de trois chiffres, qui indiquent le livre, le titre et les § cités.

Les Institutes de Caïus, les Fragmens d'Ulpien et les Sentences de Paul se trouvent réunis aux Institutes de Justinien dans un recueil manuel imprimé *ad usum prælectionum*, sous le titre de *Juris civilis ecloga*. Quant aux constitutions qui nous restent des Codes Théodosien, Grégorien et Hermogénien, elles formeraient un recueil volumineux. La collection la plus complète que nous puissions indiquer a été publiée en 1815, à Berlin, en 2 vol. in-8°, sous le titre de *Jus civile antejustinianeum*. On y trouve, comme dans Schultinge, le *Liber regularum* d'Ulpien, les Sentences de Paul, la collation des lois romaines et mosaïques, et notamment le Code Théodosien, que Schultinge n'avait point imprimé dans le recueil intitulé : *Jurisprudentia vetus antejustinianea*. La collection de Berlin se trouve elle-même insuffisante depuis que les découvertes faites en Italie, et successivement annoncées dans *la Thémis*, nous ont rendu les Institutes de Caïus, les *Fragmenta vaticana*, et un grand nombre de constitutions qui diminuent les lacunes du Code Théodosien. Une nouvelle édition du droit antéjustinien serait donc plus nécessaire que jamais.

INSTITUTES EXPLIQUÉES.

CONSTITUTION PRÉLIMINAIRE.

PR.

Le repos d'un empire peut être troublé au dehors par les peuples étrangers, au dedans par le choc des intérêts particuliers; c'est au prince à repousser les premiers par la force des armes, et à concilier les seconds par la sagesse des lois. Telle est aussi la double gloire que Justinien se flatte d'avoir acquise.

§ I.

A l'avénement de ce prince, l'empire avait besoin de toutes les ressources que peuvent offrir l'éclat des armes et la vigueur d'une sage administration. On sait quelle était alors la faiblesse d'un état dont les barbares envahissaient toutes les provinces. C'est aux historiens à vérifier ce que Justinien rapporte ici de ses propres victoires; nous avons à nous occuper de ses travaux législatifs.

Ils ne se bornent pas aux lois nouvelles dont il fut le premier auteur; car, indépendamment des constitutions qui lui sont propres, il a remis en vigueur une grande partie de l'ancien droit; il en a réuni et coordonné les différentes branches, et, par suite des travaux qu'il a exécutés, tous les peuples (*omnes populi*), c'est-à-dire toutes les provinces dont se composait l'empire, se sont trouvés régis, comme le dit ici Justinien, par les lois que lui-même avait ou promulguées (*promulgatis*), ou mises en ordre (*compositis*).

§ II.

Les anciens jurisconsultes, qui avaient écrit sur les lois et sur les autres sources de la législation romaine, jouissaient dans le Bas-Empire d'une autorité qui faisait prévaloir leurs interprétations sur les textes primitifs. On se référait encore aux édits prétoriens, aux sénatus-consultes, aux plébiscites, aux lois, et surtout à la loi des Douze-Tables (1), mais indirectement, et d'après ce qu'en avaient dit Caïus, Papinien, Paul ou Ulpien. Dans la réalité, on ne citait que les interprètes et les constitutions des princes. Telles étaient à Constantinople, et dès le règne de Constantin, les deux bases sur lesquelles reposait l'administration de la justice. Ce fut à ces deux sources que puisèrent ceux qui voulurent réformer la législation, notamment Théodose le jeune (2), et après lui Justinien.

(1) Pour entendre ce que nous avons à dire ici sur le *proœmium* des Institutes, il faut auparavant connaître les deux premiers titres du livre premier. Consultez sur cette matière un extrait de l'ouvrage de M. de Makeldey, professeur à Bonn, traduit et publié par M. L. Etienne, sous le titre d'*Introduction à l'étude du Droit romain*, etc. Un vol. in-12, Paris, 1825, chez Fanjat, libraire.

(2) Une constitution de Théodose, nouvellement retrouvée (V. *Thémis*, t. VI, p. 411), constate formellement le dessein de ce prince. Des deux recueils qu'il voulut faire compiler, un seul a été exécuté et promulgué, c'est le Code Théodosien, qui se compose de constitutions rendues par Constantin et ses successeurs. Les écrits des jurisconsultes devaient fournir la matière d'un second recueil dont nous ne connaissons que le projet. Les fragmens découverts au Vatican par M. Mai, et imprimés à Paris par les éditeurs de la *Thé-*

pour en extraire les passages qui lui conviendraient, les réunir et les classer dans une compilation méthodique, par un travail analogue à celui qu'on avait exécuté sur les anciennes constitutions. En effet, Tribonien, que Justinien chargea de diriger cette opération, fut autorisé, non seulement à extraire et à choisir, mais encore à changer et à modifier, dans ses extraits, les expressions des jurisconsultes, et même celles des anciennes lois citées par ces derniers. (V. *const.* DEO AUCTORE, *de concept. Digest.*, § 7.)

Cette entreprise nécessitait un travail préparatoire. Tribonien n'avait pas à compulser indistinctement tous les ouvrages composés sur l'ancien droit ; il devait borner son travail aux livres dont les auteurs avaient reçu du prince une sorte d'autorité législative (1) ; et le nombre ne paraît pas en avoir été considérable, puisqu'on n'a mis à contribution que trente-neuf jurisconsultes. Cependant plusieurs d'entre eux avaient laissé des écrits volumineux, et d'ailleurs il s'en fallait beaucoup qu'ils eussent travaillé dans les mêmes vues et d'après le même esprit. Ils avaient été partagés en deux écoles, dont la distinction a commencé sous Auguste par la rivalité et l'opposition de principes qui existaient entre Labéon et Capiton, jurisconsultes qui étaient alors deux des plus importans personnages de Rome. Leurs disciples, exclusivement attachés aux principes du maître dont ils suivaient la doctrine, formèrent deux sectes qui eurent des chefs et des noms particuliers. Ceux de Capiton furent appelés Sabiniens ou Cassiens, à cause de Sabinus et de Cassius, deux de leurs chefs; Proculus et Pégasus donnèrent aussi leur nom aux Proculéiens ou Pégasiens, partisans de Labéon. (V. *Pompon.*, *fr.* 2, § 47, *de origin. jur.*)

Sous Adrien, les systèmes commencèrent à devenir moins exclusifs : on vit des jurisconsultes choisir et adopter tantôt les opinions d'une école, tantôt celles de l'autre ; ils semblèrent, en quelque façon, rester neutres entre deux extrêmes. (*V.* § 25, *de divis. rer.*) Bientôt on ne vit plus de Proculéiens ni de Sabiniens proprement dits ; les sectes s'éteignirent peu à peu ; mais la trace de leurs discussions subsista toujours dans les anciens écrits ; et pour profiter de ces derniers, Justinien devait préalablement fixer plusieurs points restés indécis entre les différentes sectes.

Tel fut l'objet de plusieurs constitutions connues sous le nom de *Cinquante décisions*, et promulguées en 530 sous le consulat de Lampadius et d'Oreste. Il en est souvent question dans les Institutes. (*V.* § 3, *de libert.*)

Ce qui restait à faire pour utiliser les écrits des anciens jurisconsultes devint alors beaucoup plus facile. La préférence entre les opinions diverses ne fut plus aussi incertaine : on put travailler sur une base fixe, et l'on travailla effectivement à extraire des différens ouvrages les fragmens dont la réunion devait former un ouvrage nouveau. Là, ces divers fragmens devaient être distribués et classés par ordre de matière, dégagés de tout ce que leur texte primitif offrait d'inutile, et purgés entre eux de toute contradiction, comme de toute répétition superflue : dix années paraissaient à peine suffire pour cette entreprise, et cependant le travail dirigé par Tribonien ne dura que trois ans. Justinien lui avait confié cette compilation en 530, au mois de décembre ; et c'est au mois de décembre 533 qu'elle fut promulguée, sous le double titre de (*Digesta*) Digeste ou (*Pandectæ*) Pandectes. (*Const.* TANTA, *de confirm. Digest.*, § 1.)

Ces noms donnés par Justinien à sa compilation n'étaient pas nouveaux. Julien, Celse, Marcellus et quelques autres jurisconsultes avaient laissé des *Digestes*, c'est-à-dire, d'après l'étymologie latine du verbe *digerere*, *digestum*, des ouvrages méthodiques dont les matières étaient digérées, classées et mises en ordre. Modestinus avait composé des *Pandectes*. Ce dernier titre, formé de deux mots : grecs πᾶν (*tout*), et δέχεσθαι (*contenir*), indique un recueil général, un travail complet sur l'ensemble de la législation. En réunissant dans son Digeste les fragmens de plusieurs ouvrages, Justinien se flatte d'en avoir fait de véritables Pandectes, *in quibus omne jus antiquum collectum est* (§ 4 *infra*).

Parmi les ouvrages que Tribonien mit à contribution, plusieurs, ainsi que nous l'avons dit, avaient obtenu force de loi antérieurement au règne de Justinien. Dans une constitution, dont la première partie ne nous est point parvenue, Théodose le jeune avait sanctionné en masse tous les écrits (*scripta omnia*) de Papinien, Paul,

(1) Auctoritatem conscribendarum atque interpretandarum legum (*d. const.* DEO AUCTORE, § 5). *Voyez* le § 8 *de jur. nat.*, et son explication (39, 40).

Caïus, Ulpien et Modestin, en conservant aussi force de loi aux décisions de tous autres auteurs, citées par les cinq jurisconsultes ci-dessus nommés, entre autres à celles de Scævola, Sabinus, Julien et Marcellus. En confirmant tous les ouvrages de Paul et d'Ulpien, Théodose avait cependant excepté les notes que ceux-ci avaient ajoutées aux écrits de Papinien. Non seulement Théodose ne donne à ces notes aucune autorité, mais encore il semble les dépouiller d'une autorité précédemment acquise (*infirmari*). En cela il ne fait que suivre une constitution antérieure; Constantin avait déjà abrogé les notes d'Ulpien et de Paul sur Papinien, et la manière dont la constitution de ce prince parle de ces anciens jurisconsultes fait supposer que déjà leurs écrits jouissaient d'une grande force. On en reste convaincu lorsque, dans une autre constitution, on voit Constantin maintenir dans l'autorité qu'ils avaient obtenue (*recepta auctoritate firmanda*) tous les ouvrages de Paul, et entre autres celui qui porte le titre de *Sentences* (1). Selon toute probabilité, le crédit accordé aux œuvres de Papinien, Paul et Ulpien, s'était insensiblement établi par un usage tacite, et par la pratique du barreau.

Quoi qu'il en soit, en conservant force de loi aux ouvrages de différens auteurs, on sanctionnait en masse des décisions qui ne pouvaient pas être toujours uniformes sur les mêmes questions. Il avait donc fallu indiquer au juge de quelle manière il devrait se décider entre plusieurs opinions contraires. D'après la constitution de Théodose, les questions traitées en sens opposé par les cinq jurisconsultes ci-dessus nommés, ou par quelques uns d'eux, devaient être décidées dans le sens du plus grand nombre. Dans le cas où les avis seraient également partagés, le juge pouvait opter, pourvu toutefois que Papinien ne se fût pas prononcé sur la question; car autrement l'opinion de ce jurisconsulte aurait été prépondérante. (V. *C. un.*, C. Th., *de resp. prud.*)

Justinien, en s'appropriant les travaux des jurisconsultes, travailla dans un autre système : leurs écrits n'étant pour lui que de simples matériaux, il voulut ne leur laisser d'autre force que celle qu'ils tireraient désormais du choix qu'il se proposait de faire, en insérant dans son Digeste les décisions qu'il lui plairait de confirmer, sans aucun égard au nombre des avis, sans aucune prépondérance entre les différens auteurs, et sans exclure, comme précédemment, les notes que Paul et Ulpien avaient laissées sur Papinien. Les décisions insérées au Digeste ne devaient plus être celles de tel ou tel jurisconsulte; elles allaient appartenir à Justinien qui les adoptait, et dès lors l'autorité du prince leur attribuait une égale force. Aussi se proposa-t-on de n'admettre dans les Pandectes qu'une seule décision sur chaque question, en évitant l'inutilité des répétitions et le danger des contradictions. (V. *const.* DEO AUCTORE, *de concept. Digest.*, § 6, 7, 8 *et* 9.)

Ce but ne pouvait pas être atteint dans le peu de temps que Tribonien et ses collaborateurs mirent à compiler le Digeste. Aussi Justinien, en le publiant, n'a-t-il pas dissimulé les pléonasmes législatifs que contient cette compilation; il les attribue à l'humaine faiblesse; il les excuse même en alléguant que la répétition d'un principe déjà énoncé ailleurs peut n'être pas inutile; enfin il prétend que ces répétitions étaient de rares et courtes exceptions qu'il avait autorisées dès l'origine (*d. const.* DEO AUCTORE, § 9; *const.* TANTA, *de confirm. Digest.*, § 14). Toutefois il est vrai de dire que Tribonien aurait pu facilement en éviter un grand nombre. Quant aux antinomies ou décisions contradictoires, Justinien assure qu'il n'en existe aucune, et qu'il suffira de chercher attentivement pour découvrir les différences réelles qui concilient des contradictions apparentes (*d. const.* TANTA, § 15). Cette assertion, prise à la lettre, a conduit plusieurs commentateurs à d'étranges conséquences; ils ont oublié que l'humaine faiblesse n'était pas plus à l'abri des contradictions qu'elle ne l'avait été des répétitions, et qu'elle avait pu aveugler Justinien sur les défauts de son ouvrage, ou l'engager à nier ceux qu'il ne croyait pas pouvoir excuser. On le prit au mot; on voulut concilier tout; on se creusa l'esprit et l'imagination pour chercher ces principes nouveaux (*novum inventum*), ces différences

(1) *Voyez* dans le Code Théodosien (*C.* 1, 2 *et* 3, *de resp. prud.*) la constitution de Théodose, deux constitutions de Constantin, nouvellement retrouvées à Milan, dans un manuscrit de la bibliothèque Ambrosienne (*Thémis*, t. III, pag. 187), et une autre constitution du même prince (*C.* 1, C. Th. *de sent. pass.*), qui approuve une décision de Papinien annotée et combattue par Paul et par Ulpien (190).

cachées (*occulte positum*), dont la découverte était réservée aux esprits subtils (*subtili animo*). On fit consister la science du droit dans la connaissance des antinomies et dans la recherche de conciliations fondées sur des suppositions divinatoires. Enfin, on concilia les textes en dépit des textes mêmes (1); pour se distinguer dans ce genre, on créa des antinomies imaginaires. Il faut cependant reconnaître que la différence des temps et des systèmes dans lesquels furent écrits les ouvrages dont les extraits composent le Digeste, a dû, malgré tous les efforts, laisser des traces ineffaçables; il serait aussi absurde de nier toutes les antinomies, qu'injuste de considérer comme contradictions réelles tout ce qui en offrirait l'apparence.

§ III.

En donnant l'ordre de travailler aux Pandectes, Justinien avait manifesté l'intention de promulguer, en outre, un livre qui tiendrait lieu d'Institutes (*const.* DEO AUCTORE, *de concept. Digest.*, § 11). On appelait *Institutes* les élémens de la science du droit; et tel est le titre commun des ouvrages où différens jurisconsultes avaient consigné les principes de leur doctrine. Florentinus, Caïus, Ulpien, Paul, Callistrat et Marcien, ont composé des Institutes, dont il existe des fragmens au Digeste; mais aucun de ces ouvrages ne pouvait désormais servir d'introduction à une législation complétement refondue. Cependant Justinien reconnut l'utilité et même la nécessité d'un livre élémentaire dont l'étude préparerait à des études plus profondes. Après avoir élevé l'édifice du Code et des Pandectes, il crut devoir en ménager l'accès par une route simple et facile (*primo levi ac simplici viâ*; § 2, *de just. et jur.*); en conséquence il voulut faire rédiger de nouvelles Institutes; et ce soin fut confié à Tribonien, Théophile et Dorothée.

Tribonien, originaire de la Pamphilie, est un homme dont le nom restera perpétuellement associé à celui de Justinien, et qui, relativement à la législation de ce prince, doit avoir une grande part des éloges et des reproches qu'elle peut mériter. C'est lui qui présida non seulement à la rédaction des Institutes, mais encore à celle du Code et du Digeste. L'exécution en appartient tout entière à Tribonien, et l'on peut croire qu'il n'était pas étranger à la conception des plans adoptés par Justinien, lorsqu'on voit que la plupart des constitutions de ce prince ont été rendues sur le rapport et la proposition de Tribonien. (V. § 3, *de libert.*; § 12, *de fideic. hered.*)

Théophile et Dorothée, qui travaillèrent avec lui aux nouvelles Institutes, étaient professeurs de droit, le premier à Constantinople, le second à Bérite. Tous deux ont pris part à la rédaction du Digeste, et Théophile avait également concouru à celle du Code. (V. *const.* HÆC QUÆ *de nov. Cod. fac.*, § 1; *const.* TANTA, *de confirm. Digest.*, § 9.) Nous avons sous le nom de Théophile une paraphrase grecque des Institutes de Justinien; cet ouvrage, tout imparfait qu'il est, du moins dans l'état où il nous est parvenu, contient des documens précieux.

Les anciennes institutes, composées depuis long-temps par Caïus ou par d'autres jurisconsultes, se réfèrent à une législation dans laquelle Justinien a beaucoup emprunté sans doute, mais à laquelle aussi ce prince a beaucoup ajouté et beaucoup retranché. Les anciens élémens devaient nécessairement offrir plusieurs principes tombés en désuétude, abolis, changés ou modifiés par les lois et les usages postérieurs, et dont les conséquences auraient pu tromper, dans la pratique, ceux qui auraient voulu les appliquer indistinctement à la jurisprudence Justinienne. Sous ce point de vue, il est vrai de dire que les anciennes Institutes n'offraient plus de documens certains, et qu'en y cherchant les principes du droit on s'exposait à y trouver des notions qui ne seraient pas ou qui ne seraient plus celles du droit actuel. Ces notions, que Justinien appelle ici *antiquæ fabulæ*, n'ont pas été reproduites dans les nouvelles Institutes, où l'empereur voulut que l'on puisât, comme à une source plus sûre, les premiers élé-

(1) L'obligation de livrer un esclave est éteinte par l'affranchissement de cet esclave. Sur ce point nulle difficulté; mais si l'affranchi redevient esclave, l'obligation renaîtra-t-elle? Oui, d'après Celse (*fr.* 79, § 3, *de leg.* 3°). Paul, au contraire (*fr.* 27, *de adim. leg.*), se prononce pour la négative, parce que le même individu n'est plus le même esclave (*novus enim videtur homo esse*). Cependant on est parvenu à concilier ces deux opinions. Il a suffi pour cela d'une distinction; mais il en faudrait plus d'une pour concilier les deux textes ci-dessus avec un troisième texte où Paul combat ouvertement le système de Celse, et déclare en outre que ce système n'a point été admis (*nec admissum est quod Celsus ait*; *fr.* 98, § 8, *de solut.*).

mens de la scieuce du droit, dans ce but il commanda de rédiger un livre élémentaire, concordant avec les autres parties de sa législation, dégagé de tout ce qui serait devenu inutile (*nihil inutile, nihil perperam positum*), et dont les notions seraient toutes applicables au droit actuel.

Les élémens de Justinien émanent directement du législateur; l'empereur, en y attachant son nom, les a promulgués et leur a donné force de loi; c'est donc une loi qui enseigne le droit. Ainsi, en commençant par ce livre l'étude du droit romain, on commence par étudier une partie des constitutions impériales. Sans insister ici sur l'honneur et sur la félicité que cette circonstance doit, suivant Justinien, procurer à quiconque travaille à la science du droit (*tanto honore tantaque reperti felicitate, ut, etc.*), on peut dire qu'il en résulte un avantage réel, celui d'une étude faite sur les textes mêmes, étude qui, selon moi, ne peut être suppléée par aucune autre. Reportons-nous donc sans cesse aux textes en nous aidant de tous les secours possibles pour entendre et expliquer celui des Institutes.

Avant la promulgation de ce livre, ce n'était, dit Justinien, qu'après quatre années de travail que l'on commençait à lire les constitutions. Effectivement, les quatre années que durait un cours de droit étaient exclusivement consacrées à étudier quelques monumens de l'ancienne jurisprudence, entre autres les Institutes de Caïus et plusieurs livres des réponses de Papinien et de Paul, livres dont on omettait les passages qui paraissaient avoir perdu leur intérêt pour le Bas-Empire. (V. *const.* OMNEM REIPUBLICÆ, *de rat. et meth. jur. doc.*, § 1.)

Justinien, en fixant à cinq années la durée des cours de droit, substitua ses Institutes à celles de Caïus, et plusieurs parties des Pandectes aux ouvrages que l'on étudiait précédemment. Dans la cinquième et dernière année, on devait s'occuper du Code (*d. const.*, § 2, 3, 4 *et* 5). Ainsi, après avoir puisé les premiers élémens de la science du droit dans un livre dont les rédacteurs parlent toujours au nom du prince, et qui est devenu loi, on avait, comme dernier objet d'étude, le recueil des constitutions impériales; et c'est en ce sens que, suivant les expressions de Justinien, les premiers et derniers documens de la science des lois (*initium et finis legum eruditionis*) allaient, pour ainsi dire, émaner du prince lui-même (*a voce principali*).

§ IV.

Les Institutes de Justinien contiennent, ainsi que nous l'avons dit, les premiers élémens de la science du droit. Leur division en quatre livres est empruntée, à quelques modifications près, de la division de Caïus. Chaque livre se subdivise en outre en plusieurs titres ou chapitres. Le premier livre en contient vingt-six, le second vingt-cinq, et le quatrième dix huit. Le troisième livre en a vingt-neuf; mais plusieurs éditions lui en donnent trente, parce qu'ils séparent le titre 6 (*de gradibus cognationum*) en deux parties, dont la seconde forme un titre particulier, *de servili cognatione*.

Les différens titres du Code et des Pandectes sont distribués en plusieurs séries ou livres, dont on compte douze au Code, et cinquante au Digeste. Dans l'une et l'autre compilations, Justinien, malgré les changemens qu'il avait autorisés, conserva néanmoins le nom de ceux dont il s'appropriait les décisions ou les constitutions. Ainsi, en tête des extraits dont se composent les Pandectes, on trouve toujours le nom du jurisconsulte, et l'indication de l'ouvrage où chacun d'eux a été pris. Pareillement, dans le Code, on trouve en tête de chaque constitution le nom du prince qui l'a porté. C'est par égard pour l'antiquité que Justinien (V. *const.* TANTA, *de confirm. dig.*, § 10) a cru devoir indiquer l'origine des textes dont il ne se faisait aucun scrupule de mutiler le sens, parce que, dans toutes les parties de sa compilation, il voulait être considéré, sinon comme seul auteur, du moins comme seul législateur. Aussi attribue-t-il souvent à ses prédécesseurs ou à d'anciens jurisconsultes des décisions qui leur sont tout-à-fait étrangères. Je me bornerai à citer pour exemple, au Digeste, le *fr.* 25, *locat. cond.*, où l'on trouve, sous le nom de Caïus, un texte dont le sens et plusieurs expressions même sont tirés d'une constitution de Justinien (*C. ult.*, *de contrah. emp.*). Pareillement on peut voir au Code une innovation du même prince ajoutée, sous le nom de Théodose, à une constitution de ce dernier. (*C. ult.* § *ult.*, *de codicil.*).

Quoique les cinquante livres du Digeste ne forment qu'une seule et même série, ils ont cependant été distribués, par ordre de

Justinien, en sept parties, dont on peut voir l'énumération dans la dernière des deux préfaces du Digeste. On appelle ainsi deux constitutions de Justinien (1), adressées, l'une à Tribonien, pour lui confier la rédactioo des Pandectes, l'autre au Sénat, pour confirmer ce recueil. Le texte que nous expliquoos ici forme lui-même le *Proœmium*, ou la préface des Institutes; c'est une constitution par laquelle Justinieo leur attribue force de loi.

Dans les manuscrits, et même dans quelqoes éditions anciennement imprimées, chaque constitution du Code et chaque fragment inséré au Digeste se lit de suite sans aucune interruption ni subdivision: mais les éditeurs modernes, pour la facilité des recherches, ont presque toujours distingué les passages susceptibles de former par eux-mêmes un sens complet; et de là vient la subdivision habituelle d'une seule et même constitution, ou d'uo seul et même fragmeot en plusieurs sections, dont la première se nomme, à raison même de sa position, *principium*, c'est-à-dire commencement. Les autre sectious se nomment *paragraphes*, et se distinguent par un chiffre indicatif du rang qu'elles occupent. Le paragraphe premier est celui qui vient immédiatement après le *principium*, et ainsi de suite.

La subdivision dont on vient de parler ne s'applique pas seulemeot aux constitutions du Code et aux fragmens ou extraits dont se compose le Digeste; elle a été pratiquée, d'après le même système, sur les Institutes. Toutefois, comme dans ce deruier ouvrage Justioien n'a pas fait indiquer le jurisconsulte ou la constitution dont il empruntait les termes, chaque titre des Institutes a été écrit de suite et sans interruption; et les éditeurs o'ont eu à faire sur chaque titre qu'une seule subdivision: aussi n'y trouve-t-on qu'un seul *principium* et une seule série de paragraphes, taodis qu'au Digeste et au Code la même subdivision peut se renouveler dans un même titre sur chacun des fragmens ou sur chacune des constitutions dont le titre se compose.

La subdivision des textes en *principe* et paragraphes, étant pour aiosi dire arbitraire, n'est pas toujours la même dans toutes les éditions. Le texte des Iostitutes est, sous ce rapport, celui qui présente la distributioo la moins coostante; car, saos parler des éditeurs qui, comme Cujas, ne reconnaissent jamais ni *principe* ni paragraphes, ceux qui admettent une subdivision o'admettent pas tous la même. Certains titres, subdivisés par quelques éditeurs, sont conservés par quelques autres dans l'uuité primitive de leur contexte; enfin les titres qui sont toujours subdivisés, ne le sont pas uniformément. Il importe donc que les citations se réfèrent toutes à une seule éditioo. Je suivrai coostamment celle qui fait partie du recueil iotitulé *Juris civilis ecloga*.

§ V.

Les Institutes de Justioien, d'après ce qu'il a dit précédemmeot, ne doivent cootenir que des principes susceptibles d'une applicatioo pratique, *quod in ipsis rerum obtinet argumentis*. Il jugeait inutile de conserver les détails que d'anciens jurisconsultes, et entre autres Caïus, ont donnés sur différens points, qui depuis avaient cessé d'être en usage, et dont la désuétude avait rapidement amené l'oubli (*desuetudine inumbratum*). Mais en excluant des nouvelles Institutes tout ce qui regardait l'ancien droit, Justinien aurait favorisé l'ignorance de ses contemporaios, et tel n'était pas sou but. Au cootraire, il voulait que rien oe restât totalement igooré, *ut nihil antiquitatis penitus ignoretur* (§ 1, *de testam. ord.*); et pour donner à cet égard les notions qu'il croyait suffisantes, il voulut, en écartaot tout dévoloppemeut superflu, rappeler succinctement les choses dont le souvenir avait pu s'effacer. C'est ainsi qu'il a mentionoé les testamens *calatis comitiis*, *in procinctu*, *per æs et libram* (§ 1 et 10, *de testam ord.*), la succession par vente solennelle des biens d'un débiteur (*Pr.*, *de success. subl.*), et les obligations contractées *nominibus* (*Pr.*, *de liter. obl.*). On verra par ces exemples et plusieurs autres semblables quelle obscurité avait pu se ré-

(1) La première commence par DEO AUCTORE; la seconde a été publiée en latin (TANTA CIRCA NOS), et dans la version latine, DEDIT NOBIS DEUS (V. C. 1, 2 et 3, *de veter. jur.*). Une autre constitution relative à l'enseignement du droit (OMNEM REIPUBLICÆ) se trouve entre la première et la seconde préface; elle est adressée à Dorothée, à Théophile et à plusieurs autres professeurs en droit. En tête du Code se trouvent trois préfaces, c'est-à-dire trois constitutions de Justinien; l'une, rendue en 528 (HÆC QUÆ NECESSARIO), ordonne la confection du Code, que la seconde (SUMMA REIPUBLICÆ) promulgue en 529, et dont la dernière (CORDI NOBIS EST) annonce la révision, opérée en 534.

pandre sur les anciennes institutions, et dans quelle lumière l'empereur se flatte de les avoir replacées (*imperiali remedio illuminatum*). Cette lumière n'est trop souvent qu'une lueur insuffisante; mais comme Justinien n'est pas pour nous un législateur, nous ne craindrons pas de lui désobéir en allant chercher ailleurs ce qu'il n'a pas voulu nous apprendre. L'autorité du prince constantinopolitain ne nous empêchera pas de consulter, pour connaître le droit romain, les monumens de l'ancienne Rome. Nous verrons dans les Institutes et, en général, dans les compilations de Justinien, non pas une loi, mais un recueil où se trouvent en plus grand nombre que partout ailleurs les principes du droit romain; nous en profiterons, sans renoncer aux documens que peuvent fournir d'autres ouvrages moins volumineux sans doute, mais plus exacts et plus fidèles.

§ VI.

Justinien, pour composer ses Institutes, a mis à contribution toutes celles qu'avaient laissées les anciens jurisconsultes et même leurs autres ouvrages, qui effectivement ont fourni à Tribonien des passages nombreux et même des titres entiers ou presque entiers, comme il est facile de s'en convaincre en recourant aux indications qui accompagnent le texte des Institutes dans le *Juris civilis ecloga*.

Les écrits de Caïus sont ceux dont Justinien a tiré le plus grand parti. Il a surtout profité des différens *Commentaires* dont se composaient, d'une part, les Institutes de Caïus, et d'autre part, un ouvrage relatif aux affaires les plus usuelles (*Commentariis tam institutionum quam rerum quotidianarum*). Ce mot *commentaire,* que l'on a pris depuis dans un sens bien différent, joint comme il l'est ici au titre d'un ouvrage, ne désigne rien autre chose que les différentes sections dont se compose cet ouvrage. On sait aujourd'hui que les Institutes de Caïus se divisaient en quatre commentaires. En adoptant pour les siennes la même division, Justinien a remplacé le mot *commentaire*, par le mot *livre;* et dans les Pandectes mêmes, il n'a jamais cité les Institutes de Caïus sans faire le même substitution, qui sans doute aura été adoptée relativement à d'autres écrits. Notre texte nous autorise à l'induire par analogie, non seulement pour les *rerum quotidianarum*, mais encore pour beaucoup d'autres ouvrages (*multisque aliis commentariis*).

L'ouvrage élémentaire dont la rédaction fut confiée à Tribonien n'exigeait pour l'ancien droit, pour le droit romain proprement dit, qu'un travail de compilation; mais, quant au Bas-Empire, il était plus difficile d'analyser la législation des princes chrétiens. Aucun livre élémentaire n'en avait réuni les principes; pour les recueillir et pour les adapter à de nouvelles Institutes, il fallait un travail spécial. On peut donc distinguer dans les élémens de Justinien deux parties différentes, dont l'une appartient réellement à plusieurs anciens jurisconsultes; tandis que l'autre est spécialement l'œuvre de Tribonien. On la reconnaît au style du Bas-Empire, surtout dans les passages relatifs aux innovations de Justinien. Une distinction beaucoup moins facile à établir nous apprendra peut-être un jour ce qui, dans les emprunts faits aux anciens jurisconsultes, appartient à chacun d'eux. On a pu de tout temps reconnaître dans les Pandectes plusieurs paragraphes des Institutes, et apprendre par là quelle en était l'origine; et tant qu'on n'a point eu les véritables Institutes de Caïus, on a pu attribuer à ce jurisconsulte tout ce dont on ne connaissait pas le véritable auteur; mais une découverte récente, en nous restituant le texte original de Caïus, nous permet d'apprécier avec plus d'exactitude ce que doivent aux Institutes de ce dernier les Institutes de Justinien.

Le plan et la distribution des deux ouvrages sont, à quelques différences près, les mêmes. En se conformant aux divisions de Caïus, Justinien a rempli plusieurs lacunes, ajouté des titres entiers, ou admis de plus amples détails sur des matières traitées avec trop de concision. Quelquefois c'est aux dépens de Caïus lui-même, et avec les différens ouvrages du même auteur, qu'on a étendu et complété ses Institutes; mais souvent aussi Tribonien puise à d'autres sources, et plusieurs d'entre elles sont encore inconnues, comme on pourra s'en convaincre en examinant le travail que j'ai essayé sur le texte de Justinien, dans l'édition du *Juris civilis ecloga*.

C'est à la fin de ce paragraphe que l'empereur donne à ses Institutes force de loi, *constitutionum robur*.

§ VII.

La constitution par laquelle Justinien publie et sanctionne les Institutes qui portent son nom a été rendue pendant le troisième consulat de ce prince, c'est-à-dire en 533; elle est datée du onze des calendes de décembre, jour correspondant au 21 novembre. A cette époque le Digeste n'était pas encore publié; il le fut peu de temps après, le 16 décembre (17 *cal. januar.*); mais il ne devint obligatoire, comme les Institutes, qu'à la fin du troisième consulat de Justinien, le troisième jour avant les calendes de janvier 534, c'est-à-dire le 30 décembre 533. (V. *const.* Tanta, *de confirm. digest.*, § 23.)

Les opérations législatives de Justinien semblaient alors à leur terme. Le Code publié en 529, les cinquante décisions rendues en 530, les Pandectes récemment promulguées avaient renouvelé dans toutes ses parties une législation dont l'empereur venait de dicter, dans ses Institutes, les principes même les plus élémentaires; tout émanait de lui : il ne pouvait plus réformer que ses propres ouvrages, et il les réforma.

En 534, il chargea Tribonien et quatre autres jurisconsultes de réviser le Code promulgué cinq ans auparavant, d'y apporter les modifications et changemens convenables, et de le compléter en y insérant les cinquante décisions et plusieurs autres constitutions postérieures à sa promulgation. Ce travail produisit un nouveau Code, ou, si l'on veut, une nouvelle édition du Code (*repetita prælectio*) que Justinien publia sur la fin de son quatrième consulat, en 534, le 17 novembre (16 *calend. dec.*), pour remplacer, à compter du 29 décembre suivant (4 *calend. jan.*), le premier Code qui fut abrogé. (V. *const.* Cordi nobis, *de emendat., Cod.*, § 2, 3 *et* 4.)

Justinien, dans les Institutes, parle souvent de son Code; mais tout ce qu'il en dit se réfère nécessairement à la première édition, et cette circonstance explique pourquoi plusieurs constitutions, citées aux Institutes comme devant se trouver dans le Code, ne s'y rencontrent cependant pas. Elles s'y trouvaient en 533, lors de la rédaction des Institutes; mais ensuite elles auront été retranchées du *Codex repetitæ prælectionis*, le seul que nous possédons aujourd'hui.

En promulguant cette nouvelle édition, Justinien avait promis de réunir, dans une autre collection, les constitutions postérieures qu'il aurait occasion de publier pour perfectionner sa législation. Il en promulgua effectivement plusieurs, mais sans les rassembler et sans établir entre elles aucune espèce d'ordre. Le recueil appelé *Corpus juris civilis* contient, indépendamment des Institutes, du Digeste ou Pandectes et du Code, une quatrième et dernière partie dans laquelle se trouvent les Novelles, c'est-à-dire les constitutions postérieures au Code. Les éditions ordinaires en donnent cent soixante-huit, collection incomplète, qui, sans réunir toutes les constitutions de Justinien, renferme cependant plusieurs Novelles de Justin II et de Tibère II, ses successeurs.

Toutes les idées que l'on pourrait se former sur cette quatrième partie du *Corpus juris* manqueraient d'exactitude pour quiconque ne connaîtrait pas la singulière destinée qu'a eue la législation de Justinien. La langue grecque était seule usitée dans l'Orient : aussi ne tarda-t-on pas à traduire les textes latins du Digeste et du Code et à paraphraser en grec celui des Institutes. Ces différentes versions contribuèrent beaucoup à faire négliger les originaux. Justinien n'avait pris aucune précaution pour empêcher l'oubli dont ils étaient menacés; il avait autorisé les traductions littérales, et insensiblement il cédait lui-même à l'influence qu'exerceut tacitement la langue et les usages du pays. Les Institutes nous apprennent que, dès le commencement de son règne, il avait fait rédiger en grec une constitution qu'il voulait mettre à la portée de ses sujets (§ 3, *de succes. libert.*); et parmi les Novelles, le petit nombre de celles qui furent publiées en langue latine prouve assez que cette langue n'était pour le législateur même qu'une langue d'exception.

Cependant, malgré le peu de faveur dont jouissaient le Digeste, le Code et les Institutes, ils avaient toujours force de loi générale; mais ils furent successivement abrogés par les nombreuses constitutions que rendirent les successeurs de Justinien; et en 1453, lors de la prise de Constantinople par Mahomet II, il y avait déjà longtemps que la législation justinienne n'était plus en vigueur. Elle avait été totalement refondue à la fin du neuvième siècle, dans les *Basiliques*, corps de lois grecques, ainsi

appelées du nom de Basile le Macédonien, sous le règne duquel cette collection fut commencée. En Occident, le droit de Justinien put à peine s'établir dans les provinces qui n'étaient point ou qui n'étaient plus occupées par les Barbares; bientôt il ne fut plus observé que dans les territoires de Rome et de Ravenne: enfin il était tombé dans un oubli total, ou presque total, lorsqu'il reprit tout à coup une faveur et un éclat inattendus. Au commencement du douzième siècle, le droit romain, enseigné à Bologne par un jurisconsulte nommé Irnerius, se répandit rapidement dans toute l'Italie et au delà. Adopté par un grand nombre de tribunaux, il obtint force de loi dans plusieurs pays qui n'avaient jamais appartenu à l'empire de Justinien, et devint, en quelque sorte, le droit commun de l'Europe.

Les jurisconsultes italiens du douzième siècle ne se sont occupés ni de toutes les Novelles trouvées dans les manuscrits, ni du texte grec d'aucune d'elles. Leurs notes ou gloses accréditèrent 97 Novelles d'après une traduction latine qui remonte, dit-on, jusqu'au règne de Justinien, et qui aurait été approuvée par ce prince ou par son successeur, d'où il lui serait venu le titre d'*Authentique*. Quoi qu'il en soit, l'usage en avait si bien établi l'autorité au XVI[e] siècle, qu'elle devint exclusive. En 1531, on commença à publier d'autres Novelles récemment découvertes. On s'occupa du texte grec; la plus grande partie en fut retrouvée et mise au jour; on fit de nouvelles traductions; mais les jurisconsultes de cette époque, malgré l'utilité de leurs travaux, ne parvinrent pas à les faire adopter par les tribunaux, qui n'ont jamais admis d'autres Novelles que celles du douzième siècle, et d'autre leçon de leur texte que le latin de la traduction dite *Authentique* et appelée depuis, par opposition aux traductions plus récentes, *Ancienne* ou *Vulgate*. Au reste, elle a sur ces dernières un avantage qu'on ne lui conteste pas, celui d'une exactitude littérale; elle paraît d'ailleurs avoir été faite sur un texte grec plus pur et plus complet que celui des manuscrits retrouvés et publiés au seizième siècle (1). Les 168 Novelles réunies dans la quatrième partie du *Corpus juris* y forment ordinairement neuf *collations*, et dans chaque collation il y a autant de titres que de Novelles. Cette division sans motif comme sans utilité a été conservée par tous les éditeurs, mais elle est complètement abandonnée dans l'usage. On cite et l'on distingue les Novelles d'après le rang qu'elles occupent, rang qui n'a rien de méthodique ni de chronologique, même entre celles dont la date est certaine; ainsi, par exemple, la Novelle 115 est postérieure à la Novelle 118.

Le style des Novelles est trop diffus pour que l'on n'ait pas de tout temps cherché à en réduire les longueurs. Peu après la mort de Justinien, un professeur de Constantinople, nommé Julien, donna en latin un abrégé connu sous le titre de *Novellarum liber*. D'autres ont comparé les Novelles avec les lois antérieures, et ont indiqué les innovations par des extraits sommaires que l'on a placés dans le Code à la suite des constitutions abrogées ou modifiées. En tête de ces extraits, qui dans les éditions modernes sont imprimés en caractère italique, on cite la collation et la Novelle d'où ils sont tirés, en se référant à la Vulgate ou version authentique. Aussi les citations commencent-elles toujours par ces mots *in Authentica*, et de là les extraits se sont eux-mêmes appelés *Authentiques*; c'est en ce sens que Corneille fait dire à son *Menteur:*

« Je sais le Code entier avec les Authentiques. »

C'est à Irnerius que l'on attribue, du moins pour la plus grande partie, la rédaction des Authentiques. Ce travail, comme tous ceux auxquels se sont livrés les jurisconsultes du douzième siècle, a joui d'un grand succès; il a été sanctionné par l'usage, et la plupart des Authentiques ont été reçues devant les tribunaux. Cependant, et quel qu'en soit l'auteur, il faut être prévenu que, malgré leur nom, malgré l'autorité dont elles ont pu jouir, les Authentiques représentent d'une manière inexacte, infidèle et même fausse, les dispositions des Novelles; c'est donc toujours au texte de ces dernières qu'il faudra recourir, lorsqu'on voudra connaître les véritables dispositions de Justinien.

Si l'on considère dans les différentes parties du *Corpus juris* l'autorité respective que leur attribue la volonté législative, alors, et sous ce rapport, les Novelles l'em-

(1) *Voyez* la préface de Contius (Lecomte), imprimée en tête des Novelles dans plusieurs éditions du *Corpus juris*.

porteront incontestablement sur les trois autres parties, et chaque Novelle l'emportera pareillement sur toutes les Novelles antérieures; parce que, en général, entre plusieurs lois successives, c'est la dernière qui prévaut. D'après le même principe, le Code prévaudrait sur le Digeste et sur les Institutes; enfin ces deux parties du *Corpus juris*, devenues obligatoires le même jour, devraient jouir entre elles d'une égale autorité, du moins lorsque les Institutes ne se réfèrent pas à des constitutions dont la promulgation a précédé celle des Pandectes, mais qui néanmoins modifient dans ce recueil les dispositions d'un droit beaucoup plus ancien (1).

Aujourd'hui le *Corpus juris* cesse d'être obligatoire. On n'y cherche plus la volonté législative de Justinien, mais la sagesse de chaque disposition. Les Institutes, le Digeste, le Code et les Novelles sont des lois mortes comme le Code Théodosien et la loi des Douze-Tables; mais la *raison écrite*, ou, pour appeler les choses par leur nom, la vérité des principes, leur pureté, leur enchaînement, ont, dans l'art du juste et de l'injuste, une force de droit et de doctrine qui survit à la loi. Considérée sous ce rapport, l'autorité respective dont jouissent les différentes parties du *Corpus juris* augmente en sens inverse de celle que leur attribuait, comme lois, l'ordre de promulgation. Sans doute on trouvera dans le Code, et même dans quelques Novelles, d'heureuses innovations; mais les Pandectes sont, dans le *Corpus juris*, le seul ouvrage qui puisse nous reporter au bel âge de la jurisprudence romaine. C'est dans les Pandectes que les écrits de Papinien, de Paul, d'Ulpien et autres jurisconsultes, se retrouvent, dispersés à la vérité, mais faciles à distinguer par les indications qui accompagnent chaque fragment. Malheureusement Tribonien ne les a pas tous laissés dans leur pureté. On reconnaît dans plusieurs passages la main qui les a retouchés; et parmi ceux où l'on n'aperçoit aucune altération sensible, on peut encore soupçonner la fidélité d'un texte que Tribonien n'était pas obligé de respecter. Pour retrouver le droit romain tel qu'il était, il faudrait donc le chercher hors de la compilation justinienne, et remonter à sa source, c'est-à-dire aux ouvrages mêmes d'où ont été tirées les Pandectes et la meilleure partie des Institutes.

Ils ont péri pour la plupart; mais leur perte même nous rend plus précieux les morceaux qui ont échappé aux injures des siècles.

(1) Les Pandectes, promulguées en 533, règlent la succession collatérale en distinguant deux classes d'agnats. Dans la première, les agnats, frères ou sœurs du défunt, succèdent sans distinction de sexe, sous le titre de *consanguins*. A défaut de ceux-ci la succession est déférée aux agnats plus éloignés ou agnats proprement dits, par ordre de proximité; mais dans cette seconde classe l'hérédité n'est jamais déférée qu'aux mâles, à l'exclusion des femmes (*Ulp. fr.* 2, *de suis et legit.*). Dans les Institutes, promulguées quelques jours avant le Digeste, pour avoir force de loi à partir d'une seule et même époque, Justinien déroge au système des Pandectes (V. § 3 *et* 4, *de legit. agnat. succ.*): il se réfère à une constitution qu'il avait promulguée en 532, antérieurement aux Pandectes. Cette constitution, promulguée de nouveau en 534, avec la seconde édition du Code où elle a été insérée (V. C. 14, *de legit. hered.*), déroge indubitablement au Digeste; mais elle y dérogeait même avant sa seconde promulgation, c'est-à-dire dans le temps qui s'est écoulé depuis la publication du Digeste jusqu'à la révision du Code; car les successions collatérales ouvertes dans cet intervalle ont continué à être déférées d'après les règles établies en 532. Je ne crois pas du moins que personne suppose qu'elles auraient été régies par le système des anciens jurisconsultes reproduit en 533 dans les Pandectes. Je pourrais facilement citer plusieurs autres exemples de constitutions promulguées avant les Pandectes, soit par Justinien, soit par ses prédécesseurs, lesquelles dérogent virtuellement à plusieurs décisions conservées dans les Pandectes. Vainement donc Justinien a prétendu s'approprier tout ce qu'il compilait, puisque même sous son règne il fallait, pour appliquer ses différentes lois, remonter à l'origine primitive de chacune d'elles.

LIVRE PREMIER.

TITRE PREMIER.

DE LA JUSTICE ET DU DROIT.

1. Attribuer à chacun ce qui lui appartient, telle est la volonté de l'homme juste; mais cette volonté, seule et dépourvue des moyens de distinguer ce qui véritablement appartient à chacun, n'atteindrait pas son but; ce ne serait pas même une véritable volonté, si elle ne cherchait pas à connaître ces moyens.

Voici donc, pour attribuer à chacun ce qui lui appartient, trois choses nécessaires: la volonté ou la justice, les moyens de distinguer ou le droit, et la connaissance de ces moyens ou la jurisprudence. Aussi Justinien commence-t-il ici par exposer sur la justice et sur la connaissance du droit les définitions que lui fournit Ulpien. (*fr.* 10, *h. t.*)

PR.

2. Il est bien des sortes de volonté. Celle qui constitue la justice doit être ferme (*constans*), insurmontable dans sa résistance, irrésistible dans son action; c'est une volonté perpétuelle (*perpetua*), qui non seulement doit être forte, mais qui doit l'être sans cesse et sans intervalle.

§ Ier.

3. On définit ici la jurisprudence, ou plutôt le droit, car le mot *jurisprudentia* ne signifie rien autre chose que la connaissance du droit. Dire en quoi consiste cette connaissance, c'est dire en quoi consiste le droit même; sauf toutefois cette distinction, que le droit (*ars boni et æqui*; *Ulp. fr.* 1, *eod.*) est une science abstraite (*ars*), dont la connaissance acquise constitue la jurisprudence (*scientia*, *notitia*).

Ainsi le droit s'occupe des choses divines et humaines (*divinarum atque humanarum rerum*), non pas dans tous leurs rapports, car le droit n'est pas la science universelle; mais seulement pour distinguer en elles le juste d'avec l'injuste, pour séparer le bien d'avec le mal, *æquum ab iniquo... licitum ab illicito* (V. *Ulp. fr.* 1, *pr.* § 1 *eod.*). Ainsi, lorsqu'on dit que les choses divines et humaines sont l'objet du droit, on n'entend pas dire qu'elles rentrent exclusivement dans le domaine de la jurisprudence: les jurisconsultes ne sont pas seuls appelés à connaître les choses divines et humaines, mais ils doivent connaître les unes et les autres sous un rapport qui distingue la jurisprudence de toute autre science; et, lorsqu'on ajoute dans la définition *justi atque injusti scientia*, on détermine et on précise ce rapport. Connaître le droit, ce sera donc connaître ce qui est juste ou injuste, non seulement dans les choses humaines, mais dans les choses divines, et partout où cette distinction peut s'établir.

§ II.

4. Pour séparer le juste de l'injuste, le droit établit des préceptes entre lesquels existe une distinction importante. Si j'ai emprunté, je dois rendre; si j'ai causé un dommage, je dois le réparer: non seulement je le dois, mais on est fondé à l'exiger. C'est là un devoir parfait, en ce qu'il produit à la fois une obligation pour moi, et un droit (1) pour autrui. Au contraire, quoique ce soit un devoir de rendre service, de faire l'aumône lorsqu'on le peut, il ne résulte cependant de ce devoir aucun droit pour personne; car le droit qu'un autre aurait pour exiger de moi une chose quelconque, ne permettrait plus de considérer

(1) Ici le *droit* n'est plus, comme dans les définitions précédentes, l'art du juste et de l'injuste; mais ce qui appartient à chacun d'après les règles de cet art.

ce qu'il obtiendrait comme un service ou comme une charité : ce serait alors, comme dans le cas précédent, une dette que j'acquitterais. La bienfaisance et la charité sont donc des devoirs imparfaits, qui imposent une obligation d'un côté, sans attribuer aucun droit de l'autre : on n'en est comptable qu'à Dieu seul (Pothier, *Obligations*, 1). Les devoirs imparfaits sont tous renfermés dans ce premier précepte (*honeste vivere*), vivre honorablement ; le second (*neminem lædere*), et le troisième (*suum cuique tribuere*), se rapportent aux droits parfaits.

5. De ces deux derniers préceptes, l'un dit plus que l'autre. Ne léser personne est un devoir qui ne va jamais seul : il ne suffit pas, en effet, de ne point agir au préjudice d'autrui ; ce ne serait là qu'une justice tranquille, une oisive vertu ; la justice suppose de plus une volonté active, attribuant spontanément à chacun ce qui lui appartient.

6. Le droit, pris en général, embrasse tous les devoirs parfaits et imparfaits ; séparé de la morale, il s'occupe particulièrement des premiers.

§ III.

7. Tout homme a des devoirs non seulement envers chacun des autres hommes, mais aussi envers la société ou l'état dont il est membre. De là deux parties dans l'étude du droit, celle du droit public et celle du droit privé. Le premier règle la constitution de l'état et les rapports de la société avec les membres dont elle se compose (*quod ad statum rei Romanæ spectat*). Le droit privé, au contraire, règle les intérêts des particuliers entre eux (*ad singulorum utilitatem pertinet*).

8. Le droit privé se divise en trois parties, et se nomme droit naturel, droit des gens et droit civil, suivant que les préceptes dont il se compose appartiennent à tous les êtres animés qui existent dans la nature, à l'espèce humaine, ou à chaque peuple en particulier. (V. *text. hic* ; *Ulp. fr.* 1, § 3 et 4, *de just. et jur.*)

TITRE II.

DU DROIT NATUREL, DU DROIT DES GENS ET DU DROIT CIVIL.

PR.

9. Il est des préceptes qui semblent n'être pas exclusivement propres au genre humain. Sur tout le globe et dans toutes ses parties, les sexes s'unissent, les espèces se reproduisent, et les nouveau-nés reçoivent de ceux qui leur ont donné l'existence les soins nécessaires pour la soutenir. Ils ne sont abandonnés à eux-mêmes que lorsqu'ils se trouvent en état de pourvoir à leurs besoins. L'union des sexes, la procréation des enfans et leur éducation nous imposent des devoirs, mais pour les connaître, ou du moins pour les pratiquer, l'intelligence humaine n'est pas nécessaire : il suffit de l'existence animale. Ces devoirs, et les préceptes dont ils dérivent, composent donc un droit dont tous les êtres animés semblent instruits par la nature même. Ce droit est celui qu'Ulpien (*fr.* 1, § 3, *de just. et jur.*, et, après lui, Justinien appellent ici droit naturel.

Cependant Ulpien ne reconnaissait dans les brutes aucune espèce de raisonnement, et par conséquent aucune idée, aucun sentiment du devoir. Aussi, d'après le même Ulpien, le droit ne pourrait-il jamais être considéré comme violé ni transgressé par un animal *quod sensu caret* (*pr.*, *si quadr. paup.* ; *Ulp. fr.* 1, § 3, *eod.*). Pourquoi donc lui attribuer ici la connaissance d'un droit, et même d'un droit qui lui serait commun avec l'homme ? Cujas (*not. ad Inst., hic*) prétend que telle n'a point été l'idée d'Ulpien ; cependant il est difficile d'expliquer dans un autre sens le texte que Justinien emprunte à ce jurisconsulte.

10. Quoi qu'il en soit, et de quelque manière qu'ils aient entendu le droit naturel dont Ulpien leur a fourni la distinction et la définition, les rédacteurs des Institutes cessent de s'en occuper. Désormais ils le confondront avec le droit des gens, qui est exclusivement propre au genre humain (V. § *ult. h. t.* ; § 11, *de div. rer.*), et que nous distinguons ici du droit civil.

§ Ier.

11. En effet, le droit n'est pas le même chez tous les peuples, et cependant chez aucun il ne diffère totalement de ce qu'il est chez un autre. Ainsi, dans les lois d'un pays, on distingue toujours une partie applicable même aux étrangers, parce qu'elle appartient à l'espèce humaine en général, et une autre partie propre aux citoyens de ce pays. De là vient la différence du droit des gens et du droit civil : le premier, commun à tous les hommes sans distinction (1) ; le second, particulier aux membres d'une même cité (*proprium civitatis*), parce que chaque peuple se le donne lui-même (*quod ipse populus constituit*), ou plutôt parce qu'il est établi chez un peuple pour lui seul (*sibi*) ; car le droit civil d'un peuple ne cesserait pas de lui être propre, quand même il serait adopté par d'autres nations à chacune desquelles il deviendrait également propre, en ce sens qu'il ne serait jamais applicable entre deux individus de nations différentes, mais uniquement entre concitoyens, c'est-à-dire entre les membres d'une même cité.

§ II.

12. Évidemment, d'après ce qui précède, il existe autant de droits civils que de cités différentes ; le droit des gens, au contraire, est un pour tous, et chaque personne peut en invoquer les dispositions, soit envers ses concitoyens, soit envers les membres d'une autre cité, sans distinction. En effet, ce droit existe entre les hommes, ou tel qu'il est donné par la nature même, ou modifié par des usages universels.

13. Indépendamment des préceptes dont se compose le droit naturel, dans le sens où on l'a pris ci-dessus (9) l'homme instruit par la nature sait qu'il doit adorer Dieu, aimer ses père et mère ainsi que sa patrie, et qu'il peut se défendre contre une injuste agression. (*Pomp. et Florent., fr.* 2 *et* 3, *de just. et jur.*) Cette première partie du droit des gens a été nommée droit des gens *primaire*, parce qu'elle est antérieure à d'autres préceptes qui forment un droit des gens *secondaire*.

Ce droit primaire n'a pu suffire aux hommes réunis en société. Dès qu'ils commencèrent à former des états et des nations séparés, à distinguer les propriétés, de nouveaux besoins amenèrent de nouveaux rapports : on vit naître le commerce et les échanges, et par suite les obligations et tous les contrats, ou presque tous, *omnes pene contractus* (2).

14. C'est ainsi que, *usu exigente et humanis necessitatibus*, les hommes se sont donné eux-mêmes certains droits qui ne dérivent pas immédiatement de la raison naturelle, mais qui en sont les conséquences indirectes, puisque la nature a créé l'homme pour vivre en société. Telle est l'origine du droit des gens secondaire, droit qui dans plusieurs conséquences s'écarte entièrement des principes de la raison naturelle : en effet, les différens peuples se sont fait la guerre, et les prisonniers sont devenus esclaves des vainqueurs. En considérant la servitude comme une conséquence du droit des gens, les Romains avouent du moins qu'elle est contraire au droit naturel (*naturali juri contrariæ*), c'est-à-dire à l'état primitif de l'homme, que la nature a créé libre. (V. *pr., de libert.*)

15. Au surplus, cette distinction entre l'origine plus ou moins naturelle des différentes institutions qui appartiennent toutes au droit des gens, sera d'un faible usage dans les explications que nous aurons à donner : elle sera d'autant moins utile, qu'assimilant désormais le droit des gens et le droit naturel, nous verrons le législateur attribuer à ce dernier tout ce qui n'appartient pas au droit civil, spécialement l'établissement et la transmission des propriétés (§ 11, *de divis. rer.*), qui, sans dériver immédiatement des principes de la raison naturelle, ne s'en écartent cependant pas autant que la guerre et ses conséquences.

16. Expliquer le droit romain, ce n'est pas expliquer uniquement le droit civil des Romains. Chez eux, comme partout ailleurs, le droit civil existe combiné avec le droit des gens ; et l'étude de l'un se lie intimement à celle de l'autre. Cependant nous aurons occasion de distinguer fréquem-

(1) Le droit des gens ou de l'espèce humaine, *omni humano generi commune* (§ 2, *h. t.*), est toujours considéré ici comme droit privé, et par conséquent dans un sens bien différent de cette partie du droit public qu'on appelle aujourd'hui *droit des gens*, pour dire droit de nation à nation.

(2) Il en est quelques uns qui viennent du droit civil. (*Hermog. fr.* 5, *de just. et jur.*) *Voyez* les Institutes de Caius, *liv.* 3, § 93 *et* 133.

ment ce qui appartient soit au droit civil, soit au droit des gens. (V. § 1, *in fin.*, *h. t.*). Cette distinction nous servira pour déterminer la juste étendue de tel ou tel principe. En effet, le droit des gens s'appliquait entre tous les sujets de l'empire romain indistinctement, et le droit civil entre les citoyens romains seulement.

§ III.

17. Chaque peuple, en se donnant un droit civil, ne l'établit pas toujours par une déclaration formelle de sa volonté; il suffit qu'un usage soit généralement suivi pour indiquer une volonté réelle, quoique tacite. On appelle droit écrit (*jus scriptum*) celui qui résulte d'une promulgation ou déclaration expresse de la volonté législative, par opposition au droit non écrit, qui résulte des usages et des coutumes généralement observés. (V. § 9, *h. t.*)

18. Quant au droit écrit, chaque citoyen concourt à sa formation, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentans qui réunissent les pouvoirs séparés de plusieurs citoyens, soit même par un seul individu revêtu des pouvoirs de tous. Ces différens modes de législation ont été successivement employés à Rome; et les actes de l'autorité législative ont pris les noms de *loi*, *plébiscite*, *sénatus-consulte*, *constitution*, suivant que cette autorité fut exercée par la masse du peuple, par les plébéiens, par le sénat ou par le prince. (V. *Pompon.*, *fr.* § 2, 8, 9 *et* 11, *de orig. jur.*)

Certains magistrats par leurs édits, plusieurs jurisconsultes par leurs décisions, ont aussi contribué à la formation du droit écrit, dont les sources sont par conséquent au nombre de six.

§ IV.

19. Dans la création d'une loi on distingue deux parties: l'initiative ou présentation du projet, et la législation proprement dite ou l'acte qui de ce projet fait une loi véritable. Le peuple n'a jamais eu l'initiative des lois; les citoyens votaient seulement sur le projet qui leur était proposé par un de leurs magistrats, et que la majorité des suffrages transformait en loi. Toutefois cette majorité n'était pas celle des suffrages individuels: le vote de chaque citoyen concourait à former le vote général de sa curie, de sa tribu ou de sa centurie; et l'on ne comptait ensuite pour ou contre la loi que le suffrage collectif de chaque curie, de chaque centurie ou de chaque tribu, suivant la manière dont le peuple se divisait pour voter dans les comices.

20. Dans les premières années de Rome, et sous Romulus même, le peuple vota par curies les lois qui lui furent présentées; les curies étaient au nombre de trente. (V. *Pompon. fr.* 2, § 2, *de orig. jur.*) Servius Tullius établit parmi les citoyens romains une autre division: il les distribua, suivant la quotité de biens pour laquelle chacun était inscrit sur les tables du cens, en six classes qui formaient entre elles cent quatre-vingt-treize centuries, dont quatre-vingt-dix-huit pour la première classe seulement; tandis que la dernière, composée des citoyens les moins riches, et notamment de ceux qui ne portaient sur les tables du cens qu'un nom sans propriété, la dernière classe, dis-je, ne formait qu'une centurie, et n'avait qu'un suffrage sur cent quatre-vingt-treize, lorsque le peuple votait par centuries: et c'est ainsi que se votait, dans les comices, la loi (*lex*) proprement dite, ou *populiscite*. (V. *Gravin.*, *de ort. et progr. jur. civ.*, 11 *et* 28.)

21. Dans les comices par centuries on convoquait le peuple (*populus*), c'est-à-dire tous les citoyens, y compris les patriciens et les sénateurs, pour voter sur la proposition que faisait un consul (*veluti consule*), un dictateur, un préteur, un censeur ou un inter-roi, spécialement autorisés à cet effet par un sénatus-consulte ou acte du sénat. (*T. Liv. III*, 12; *Gravin. loc. cit.* 28.) Il y avait d'autres assemblées de comices par tribus (1), où tous les citoyens pouvaient venir donner leur suffrage, mais où les plébéiens étaient seuls convoqués pour voter sur une proposition dont l'initiative n'appartenait qu'aux tribuns. Le projet adopté dans ces dernières assemblées n'était pas une loi proprement dite; on lui

(1) Romulus avait partagé le peuple en trois tribus, dont chacune comprenait dix des trente curies. Le nombre des tribus augmenta successivement, et fut porté à trente-cinq. La division par tribus n'avait rien de commun avec les classes et centuries de Servius Tullius. *Voyez* cependant Gravina, *de ort. et progr. jur. civ.* 10.

donnait le nom de *plébiscite*. Dans tous les cas, la présentation du projet se nommait *rogatio*, parce que le magistrat qui sollicitait l'approbation du peuple, ou celle des plébéiens, les priait de vouloir et d'ordonner ce qu'il leur proposait : *Rogo vos, Quirites, ut velitis, jubeatis*. C'est en ce sens que, dans les définitions de la loi et du plébiscite, notre texte emploie ici cette locution, *magistratu interrogante*, en attribuant l'initiative des plébiscites à un magistrat plébéien (*plebeio magistratu*), et celle des lois à un magistrat sénatorial (*senatorio magistratu*.)

22. Les plébiscites portés dans les assemblées où les plébéiens étaient seuls convoqués n'avaient pas d'abord la même force que les lois approuvées par toutes les classes de citoyens. Les patriciens qui n'étaient pas appelés aux comices convoqués par tribus ne se croyaient pas soumis à l'autorité de leurs délibérations. Cependant pour apaiser les dissensions qui, en portant les plébéiens à se séparer du sénat, leur avaient fourni l'occasion de se donner à eux-mêmes des lois particulières, et pour trancher les difficultés qui naissaient de leurs plébiscites, il fallut accorder à ces derniers la même force qu'aux lois proprement dites. Une première concession faite aux plébéiens, par la loi Horatia, en 305, sous le consulat de M. Horatius, avait été renouvelée par la loi Publilia, en 414, pendant la dictature de Publilius Philo, sans terminer les dissensions que le dictateur Hortensius apaisa enfin, en 468, par la loi qui porte son nom. Dès lors les plébiscites prirent aussi le titre de loi, parce qu'ils en avaient la force, sans autre différence entre eux et les populiscites que celle de la forme dans laquelle ils étaient rendus. (V. *Pompon. fr.* 2, § 8, *de orig. jur.*)

§ V.

23. La loi proprement dite résultait de la volonté générale; les citoyens concouraient tous à sa formation. Les plébiscites au contraire émanaient d'une classe spéciale, des plébéiens et de leurs tribuns. De son côté le sénat statuait seul sur différens points d'administration publique : les décisions ainsi arrêtées se nomment *sénatus-consultes* ; et comme les patriciens ne reconnaissaient pas l'autorité des plébiscites, réciproquement les plebéiens ne voulaient pas se soumettre aux sénatus-consultes. Néanmoins, depuis la loi Hortensia, les patriciens ne résistant plus aux plébiscites, les plébéiens cessèrent de résister aux ordres du sénat. (*Theoph. hic.*)

24. Plus tard, vers les derniers temps de la république, le nombre des citoyens augmenta considérablement ; le droit de cité fut accordé, hors de la ville de Rome et du territoire romain proprement dit, à des particuliers, à des villes entières. La convocation des plébéiens, et, à plus forte raison, celle du peuple, devenait chaque jour plus difficile. Ce fut une occasion dont la politique profita pour éviter la convocation des comices. On y suppléa par une délibération du sénat. (*Æquum visum est, text. hic ; V. Pompon. d. fr.* 2, § 9.)

25. Ce corps prit alors dans la législation une part toute différente de celle qu'il avait eue dans l'origine : il prit celle du peuple, dont il fut considéré comme le représentant pour être consulté en son lieu et place (*vice populi*) sur les projets dont l'initiative passa bientôt au prince. Sa proposition qui, à proprement parler, se nomme *oratio principis*, était transformée en sénatus-consulte par le suffrage des sénateurs. On n'a point d'exemple qu'ils l'aient jamais refusé à aucun projet de l'empereur. Aussi les jurisconsultes romains ne paraissent-ils faire aucune différence entre la proposition (*oratio*) et le sénatus-consulte même. Ils prennent indistinctement l'un pour l'autre. (V. § 7 *et* 8, *quib. mod. test. infirm.*; *Paul. fr.* 59 *et* 60, *de rit. nupt.* ; *Ulp. fr.* 8, *de transact.*)

26. L'autorité du sénatus-consulte fut assimilée à celle de la loi ; *legis vicem obtinet*, dit Caïus (1 *inst.* 4), malgré les doutes qu'on avait élevés à cet égard (*quamvis fuit quæsitum*), et qui se trouvaient totalement dissipés, sinon au temps de Caïus, du moins au temps d'Ulpien. (V. *fr.* 9, *de legib.*) Peu à peu les empereurs cessèrent de consulter le sénat, mais sans le dépouiller expressément de la part qu'il avait dans la puissance législative. Justinien parle ici du sénat comme d'un corps dont l'autorité subsistait encore lors de la rédaction des Institutes, et cette locution *jubet*, *constituit*, a paru employée ici par opposition à celle qui précédemment (*constituebat*, § 4, *h. t.*) a défini la loi et le plébiscite. On y parle du peuple et des plébéiens comme d'un pouvoir qui n'existait plus. Quelle qu'ait été

l'intention de Tribonien en faisant cette différence, il importe d'observer qu'il n'en existe aucune trace dans les Institutes de Caïus; la manière dont on y définit la loi, le plébiscite et le sénatus-consulte (1 *inst.* 3, 4, 98 *et sequ.*), prouve que, postérieurement au règne d'Adrien, le peuple, les plébéiens et le sénat exerçaient encore la puissance législative (1).

§ VI.

27. La volonté du prince (*quod principi placuit*) a force de loi (*legis habet vigorem*), lors même qu'elle n'a pas été approuvée par le sénat. Caïus (1 *inst.* 4 *et* 5) nous apprend même que l'on n'a jamais eu sur ce point aucun des doutes qui s'étaient élevés sur la force des sénatus-consultes. L'autorité législative du prince ne dérive donc pas de celle qu'avait obtenue le sénat; et il faut nécessairement reconnaître que la puissance impériale avait une cause plus certaine. La volonté du prince faisait loi, et jamais on ne l'a nié, parce que c'est une loi qui conférait au prince la puissance impériale, *cum ipse imperator per legem imperium accipiat.* Voilà ce que nous affirme Caïus dans un texte (1 *inst.* 5) que Tribonien n'a point altéré; il est donc vrai que l'autorité du prince repose sur une loi, et par conséquent sur la volonté du peuple.

28. Telle est aussi l'origine d'où Justinien fait dériver la puissance impériale; mais Ulpien (*fr.* 1, *de constit. princip.*), dont l'empereur emprunte ici les paroles, dit plus que Caïus. Il assure que, par une loi qu'il appelle *Regia*, et qui aurait eu pour objet de déterminer l'autorité du prince, le peuple aurait transporté à celui-ci la totalité de sa puissance, *omne imperium suum et potestatem.* Dans ce sens, il faudrait admettre qu'à partir de l'établissement de l'empire le peuple se serait dépouillé, une fois pour toutes, de l'autorité législative, qui se serait transmise de règne en règne aux successeurs d'Auguste. A ces conséquences de notre texte on a opposé, d'une part, que le peuple avait rendu plusieurs lois, et par conséquent exercé l'autorité législative long-temps après l'établissement de l'empire; d'autre part, que les princes eux-mêmes auraient beaucoup tardé à user de la puissance qui leur aurait été cédée, puisque l'empereur Adrien passe pour être le premier qui ait rendu des constitutions. On a tiré de là un double argument contre l'assertion de Justinien, et par suite contre l'existence même de la loi Regia, en observant que l'identité de notre texte avec celui d'Ulpien (*fr.* 1, *de const. princ.*) ne permet pas de justifier l'un par l'autre, puisqu'ils nous viennent de la même source.

29. Toutefois il n'est pas exact de dire qu'Adrien soit le premier empereur qui ait réellement usé de l'autorité législative : il est vrai que le Code Justinien ne contient aucune constitution des princes antérieurs; mais le Digeste et les Institutes en relatent un nombre considérable, dont plusieurs remontent aux règnes de Claude, de Tibère, d'Auguste, et même jusqu'à César. (V. *pr., quib. non est permiss.*; § 1 *de Sc. Tertyll.*; § *ult.*, *de vulg. subst.*; *pr.*, *de codicil*; § 1 *et* 12, *de fideic. hered.*; *Ulp. fr.* 1, *de testam. mil.*) Les princes ont donc toujours eu l'autorité législative, sans que le peuple cessât absolument de l'exercer, soit par lui-même dans l'assemblée des comices, soit par le sénat qui le représentait (*vice populi*; § 5, *h. t.*). Cette puissance aurait donc été non pas précisément cédée, mais plutôt communiquée aux princes. C'est un pouvoir que ceux-ci ont d'abord partagé avec les comices et avec le sénat, et qu'ils se sont exclusivement attribué par la suite.

30. Quelle que soit l'époque à laquelle ils y sont définitivement parvenus, il est certain que le prince recevait l'empire par une loi. A cet égard le texte de Caïus (1 *Inst.* 5) semble indiquer, comme on l'avait déjà conclu de plusieurs témoignages historiques, que le peuple conférait à chacun des princes les pouvoirs qu'avait eus son prédécesseur, en renouvelant au commencement de chaque règne la loi qui avait donné à Octave le titre d'Auguste, le souverain pontificat, la puissance tribunitienne et toutes les fonctions qui, jointes au commandement militaire, constituaient sous un autre nom une véritable dictature. Cette loi, renouvelée pour plusieurs règnes, aura fini par n'avoir plus besoin de l'être expressément, quoiqu'elle fût toujours considérée comme la source et la base de l'autorité impériale. (V. *Gravina*, *de ort. et progr. et jur. civ.*, 104 *et seq.*)

(1) Le peuple délibérait sur certaines questions, et entre autres sur les adrogations. *V.* n° 175.

31. Les volontés du prince se nomment en général *constitutions ;* mais, à proprement parler, ce titre n'appartient qu'aux rescrits, aux décrets et aux édits. (V. *Caius, 1 inst.* 5 ; *Ulp. fr.* 1, *de const. princ.*) Les rescrits ou lettres (*epistolæ*) sont des décisions que le prince donne sur des questions particulières, sans prendre connaissance des faits, mais en indiquant aux magistrats le parti qu'ils devront prendre dans une hypothèse qu'ils sont chargés d'examiner et de vérifier (1). Quelquefois au contraire l'empereur entre dans l'examen des faits et prononce sur la cause qui lui est soumise, une sentence, un jugement définitif qui s'appelle décret (*cognoscens decrevit*). Les édits sont des ordres ou réglemens que le prince donne de son propre mouvement, et pour l'avenir, à la différence des rescrits et décrets qui statuent sur des difficultés ou sur des contestations déjà nées.

32. Les constitutions, quelle qu'en soit la forme, n'ont de force que par la volonté du prince, et de là résulte une distinction nouvelle; car certaines constitutions statuent quelquefois pour un cas particulier, sans servir d'exemple pour les cas semblables, et cela parce que telle n'est pas la volonté du prince (*quoniam non hoc princeps vult*). Dans ce nombre sont, par exemple, les constitutions qui accordent une grâce ou un avantage spécial (2) ; et, en sens inverse, celles qui infligent une punition extraordinaire. Les constitutions qui ne s'appliquent qu'à certaines personnes déterminées se nomment *privilèges*, c'est-à-dire lois privées, par opposition à celles dont l'effet général s'étend à tous les citoyens.

§ VII.

Nous avons maintenant à parler de deux autres parties du droit écrit, savoir : les édits des magistrats et les réponses des prudens.

33. Lorsque les magistrats terminent par une sentence les affaires qui leur ont été soumises, leur décision est, comme celle que le prince rendrait en pareil cas, un jugement définitif, et par conséquent un *décret* (V. § *ult., de curat.*) ; mais la compétence des magistrats n'était pas bornée à celle d'un juge qui statue sur chaque affaire à mesure qu'elle se présente : plusieurs fonctionnaires établissaient même pour l'avenir, et par forme de réglement général, les principes d'après lesquels la justice serait rendue pendant le cours de leur magistrature : tel était le but de leurs *édits*. Parmi les édits des magistrats, les plus célèbres et les plus importans sont ceux de deux préteurs qui rendaient la justice dans Rome, l'un aux citoyens, l'autre aux *peregrini*, d'où est venu au premier le nom de préteur urbain, par opposition au second qui se nommait *prætor peregrinus*. (V. *Pompon. fr.* 2, § 27 *et* 28, *de orig. jur.*) Quelques autres magistrats, et principalement les édiles curules, publiaient aussi les édits, mais seulement *ex certis causis*, sur quelques branches spéciales d'administration (3).

34. Les édits des préteurs obtinrent une grande autorité (*non modicam juris auctoritatem*). Cette législation nouvelle avait l'immense avantage de suivre facilement les progrès de la civilisation et de s'adapter à des mœurs qui, en s'éloignant peu à peu de l'ancienne rigidité, contraignaient les magistrats à n'appliquer l'ancien droit qu'avec les modifications nécessitées par des besoins et des rapports nouveaux. Ces modifications, disent les Institutes, ont été introduites pour rectifier le droit primitif (*emendandi veteris juris gratia ; pr., de bon. poss.*). Quelquefois aussi les préteurs se servaient de leurs édits pour assurer sur certains points, et pour éviter sur plusieurs autres l'exécution de l'ancien droit (§ 1, *eod.*).

35. Cependant les magistrats ne dérogeaient pas ouvertement à la loi, mais ils tempéraient adroitement sa rigueur; ils en écartaient les conséquences au moyen de *fictions* dont l'importance et l'équité seront appréciées par les exemples que nous rencontrerons, beaucoup mieux que par une démonstration anticipée (4). Bientôt les

(1) Plusieurs rescrits nous ont été conservés dans les Institutes, notamment § 2 *de iis qui sui*, § 1 *de milit. testam.*, § 1 *de eo cui libert.*

(2) *Voyez* un exemple au § 6 *de hered. qualit.*

(3) L'édit des Édiles est relaté dans les Institutes (§ 1, *si quadrup. paup.*), et forme, au Digeste, la matière d'un titre particulier (*liv.* XXI, *tit.* 1.). *Voyez*, sur l'origine et l'objet de cette magistrature, Pomponius, *d. fr.* 2, § 31 et 26.

(4) *Voyez*, entre autres fictions, celles que les préteurs admettaient pour conserver aux enfans émancipés l'hérédité paternelle, dont ils étaient exclus par la loi des Douze-Tables (831, 832, etc.).

édits prétoriens établirent des principes nouveaux, et formèrent en quelque sorte un droit distinct, jusqu'au moment où ces mêmes principes, confirmés par une longue pratique (*usu hominum*; § 3, *de testam. ordin.*), adoptés par les empereurs dans les constitutions qui dérogeaient aux anciennes lois (*constitutionum emendationibus; d.* § 3), ramenèrent la législation à un système plus doux et plus humain. (V. § 3 *et* 7, *de legit. agnat. succ.*)

36. Dans l'origine, les magistrats qui avaient publié un edit pouvaient le changer et déroger, par un nouveau réglement, à celui qu'ils avaient précédemment établi. Cette faculté leur fut retirée par un plébiscite rendu sur la proposition de C. Cornélius, et appelé, du nom de ce tribun, loi Cornélia. Dès ce moment les édits furent immuables pour le magistrat, qui, après les avoir publiés, ne pouvait plus y déroger dans le cours annuel de ses fonctions; mais l'année suivante rien n'obligeait un autre magistrat à maintenir l'édit de son prédécesseur. On les maintenait cependant, et chaque préteur, au lieu de refaire chaque année l'édit de l'année précédente, se contentait de le renouveler, en y faisant toutefois les additions et corrections qu'il jugeait convenables. Ces édits annuels furent appelés *perpétuels*, par opposition aux *edicta repentina*, qui auparavant n'avaient qu'une autorité momentanée.

37. Lorsque les édits ainsi transmis, renouvelés et augmentés ou corrigés, s'étaient accumulés pendant un certain nombre d'années, on devait sentir le besoin de les réunir et de compiler en un seul édit tous les édits précédens. Ce travail fut exécuté sous le règne d'Adrien, par un préteur célèbre, Salvius Julianus, l'un des premiers jurisconsultes de Rome. L'édit qu'il publia portait, comme les précédens, le titre d'édit perpétuel, mais dans un autre sens, du moins suivant l'opinion vulgaire. On prétend en effet que cet édit aurait été immuable non seulement pendant la préture de Julien, son auteur, mais encore pour l'avenir, Adrien ayant défendu aux préteurs de rien changer à l'édit de Julien. Il est vrai que cet édit fut suivi et approuvé par un sénatus-consulte: il est certain d'ailleurs que l'on ne connaît aucune innovation faite à l'édit depuis la préture de Julien; mais Adrien, en dépouillant les préteurs de leur ancienne autorité, aurait opéré dans la distribution des pouvoirs un changement considérable; et, lorsqu'on voit tous les textes garder sur ce point un silence confirmé par celui de Caïus, on peut se croire autorisé à dire que l'édit de Julien fut perpétuel, dans le même sens que les précédens.

38. On appelle droit prétorien celui qui résulte des édits des préteurs, et en général droit *honoraire*, celui qui dérive de l'autorité des magistrats *qui honores gerunt*, par opposition au droit civil proprement dit, qui résulte non-seulement des lois, plébiscites, sénatus-consultes et constitutions, mais aussi des réponses des prudens (42).

§ VIII.

39. Les jurisconsultes, autrement dits à Rome *prudentes*, interprètent les lois et émettent des opinions qui n'ont par elles-mêmes aucune force légale, mais qui, adoptées et confirmées par l'usage, peuvent concourir à former cette partie du droit civil que nous appelons *droit non écrit.* Ce genre d'interprétation a existé dans Rome, dès que Rome eut des lois (V. *Pompon. fr.* 2, § 5, *de orig. jur.*); et pour résoudre les questions que présentait leur texte, pour répondre lorsqu'on était consulté, il ne fallait d'abord aucune autorisation spéciale. Auguste restreignit cette liberté, et la faculté d'interpréter les lois devint un privilége, une faveur qu'il fallut obtenir du prince. Dès ce moment les jurisconsultes eurent pour répondre sur le droit une sorte de caractère public (V. *Pompon., fr.* 2, § 47, *eod.*); et telle est probablement l'époque à laquelle Justinien se reporte ici, en déclarant qu'il y avait des personnes désignées pour répondre sur le droit, *ut essent qui jura publice interpretarentur.*

40. Il ajoute que leurs décisions, lorsqu'elles étaient unanimes (*quorum omnium*), devenaient obligatoires pour le juge qui dans ce cas ne pouvait s'en écarter; que ce point avait été ainsi réglé par les constitutions (*ut est constitutum*). Effectivement nous voyons dans Caïus que la décision des jurisconsultes avait force de loi (*legis vicem obtinet*) lorsqu'ils étaient tous du même avis; que, dans le cas contraire, le juge restait libre de choisir l'opinion qu'il préférait; le tout ainsi que le déclare un rescrit d'Adrien, *idque ex rescripto divi*

Adriani significatur. Dans ce sens, on conçoit que ceux à qui le prince permettait d'enchaîner la liberté des juges, pouvaient réellement *jura condere;* mais peut-on croire que cette portion de l'autorité législative résultât, pour tout jurisconsulte indistinctement, de la simple permission qui l'autorisait à répondre aux particuliers, *ut populo responderet* (*Pompon. d. fr.* 2, § 47, *eod.*)? Je le crois d'autant moins que sous Adrien lui-même cette dernière faculté semble n'être plus un privilége. Ce prince avait rendu à quicouque aurait confiance dans ses propres forces le droit de répondre librement au peuple (*Pompon. d. fr.* 2, § 47); mais plus Adrien se montre facile sur un semblable droit, moins on doit le confondre avec un pouvoir aussi important que celui de dicter aux juges la sentence qu'ils auront à rendre. D'ailleurs les jurisconsultes qui avaient ce pouvoir ne l'avaient que lorsqu'ils étaient unanimes; or l'unanimité est une condition qui, pour s'accomplir, exige non seulement un nombre de personnes déterminé, mais encore un nombre très-limité. Il est donc au moins vraisemblable qu'il existait pour les juges un conseil consultatif, composé de jurisconsultes choisis par le prince; que ceux-là seuls, remplissant une sorte de fonction publique, avaient réellement le pouvoir de fixer le sens des lois (*jura condere*), tandis que les autres se livraient, avec ou sans autorisation, suivant les époques, à l'interprétation privée, et jouissaient seulement du droit de répondre aux particuliers, ce que Pomponius appelle *populo respondere* (1).

§ IX.

41. Le droit non écrit, ainsi que nous l'avons dit sur le § 3, résulte des usages et des habitudes que le consentement tacite du législateur laisse établir chez un peuple. A Rome, comme dans beaucoup d'autres cités, les usages ont eu sur la formation du droit civil une influence considérable. Il est à remarquer même qu'après l'expulsion des rois, en 244, la désuétude dans laquelle tombèrent toutes les lois portées sous leur gouvernement, ne laissa subsister que des usages assez incertains, jusqu'à la création de la fameuse loi des Douze-Tables, en 303 et 304. (V. *Pompon. fr.* 2, § 2 *et* 3, *de orig. jur.*)

42. Les nouvelles lois eurent besoin d'interprétation. En cherchant à les expliquer, à en déterminer les principes, à en déduire les conséquences, les prudens se livrèrent à des discussions, connues sous le nom de *disputatio fori,* discussions dont le résultat servit à fixer entre eux plusieurs points importans. Leurs interprétations, adoptées dans la pratique et confirmées par l'usage du barreau, ont formé un droit non écrit auquel appartiennent plusieurs institutions, dont nous aurons occasion de parler (2). Cette partie du droit romain n'ayant aucune dénomination particulière, conserve le nom générique, et s'appelle droit civil (*jus civile*) dans le sens le plus restreint de tous. Effectivement, le *droit civil*, pris par opposition au droit des gens, embrasse tout ce qui est particulier aux citoyens romains, et même les édits des magistrats, qui, au contraire, ne font point partie du droit civil, lorsqu'on suppose ce dernier au droit honoraire; enfin, dans une acception plus étroite, le droit civil n'est plus qu'une des parties constitutives du droit romain, celle qui résulte uniquement de l'interprétation des prudens, (*proprium jus civile quod sine scripto in sola prudentum interpretatione consistit.* (*Pompon. d. fr.* 2, § 5 *et* 12, *de orig. jur.*)

§ X.

43. Pour justifier la distinction précédemment établie entre le droit écrit et le droit non écrit, Justinien remonte à l'origine du

(1) Cette opinion, émise pour la première fois dans la *Thémis* (*t.* 2, *p.* 17 *et suiv.*), a été combattue, à Berlin, par M. de Savigny. Malheureusement je ne connais pas la langue allemande, et j'avoue que je n'ai pas bien saisi, dans une traduction, les argumens que M. de Savigny m'oppose. M. Warnkœnig, professeur à Liége, a donné sur le quarante-quatrième chapitre de Gibbon des notes dans lesquelles il ne s'éloigne pas du système que j'avais émis. Depuis, ce système a été reproduit par un jurisconsulte étranger, qui probablement ne connaissait ni l'article de la *Thémis*, ni mon livre, et M. Hugo a cru voir dans cette circonstance une présomption favorable à notre opinion. Au surplus, il me semble que Pomponius (*fr.* 2, *de orig. jur.*), et Justinien (§ 8, *h. t.*), d'après Caius (1 *Inst.* 7.), ont parlé des jurisconsultes sous un rapport absolument différent. Pomponius considère toujours l'interprétation des prudens comme appartenant au droit non écrit (*d. fr.* 2, § 5 *et* 12); Justinien, au contraire, a fait de leurs réponses une des sources du droit écrit. V. *Thémis*, *t.* 7, *p.* 62.

(2) *Voyez* les titres *de legit. patron. tut.*, *de inoffic. test.*, *de adquisit. per adrog.*

droit romain, c'est-à-dire aux institutions d'Athènes et de Lacédémone. Dans la première de ces deux républiques les lois étaient toutes écrites, tandis que dans la seconde on les confiait uniquement à la mémoire des citoyens.

Ce rapprochement semblerait indiquer que, dans l'opinion de Justinien, les lois de Sparte, transmises et conservées par une tradition purement orale, formaient un droit non écrit; tandis que celles d'Athènes, toujours conservées par l'écriture, donneraient l'exemple d'un droit tout écrit. Si telle a été l'idée des rédacteurs des Institutes, la comparaison qu'ils auraient établie serait absolument fausse; car Lycurgue, en promulguant un corps de lois positives et déterminées, a donné aux Lacédémoniens un droit écrit, dans le sens qu'on a donné jusqu'ici à cette expression. On ne peut pas douter non plus qu'Athènes ait eu dans son droit des parties introduites par l'usage; et on a pu les mettre par écrit sans leur faire perdre le caractère de droit non écrit (*Vinnius, hic*).

Quoi qu'il en soit, le droit romain dérive de la loi des Douze-Tables, et l'on a souvent répété que, pour rédiger cette loi fondamentale, des députés, envoyés de Rome en Grèce, avaient été chargés d'étudier les lois de Solon et de Lycurgue. Le fait de cette députation est aujourd'hui révoqué en doute; je me bornerai donc à exposer ici sur la loi des Douze-Tables ce que nous apprend Pomponius (*fr.* 2, § 4, *de orig. jur.*).

44. Pour donner à la république les lois dont elle manquait absolument depuis la désuétude des lois royales, les *décemvirs* reçurent, avec un pouvoir souverain (*jus in civitate summum*), la mission de rédiger un corps de lois qu'ils durent puiser dans celles des républiques grecques. Pomponius ne dit pas s'il s'agissait de la Grèce proprement dite ou des colonies grecques établies en Italie, il ajoute seulement que les décemvirs furent secondés dans leur travail par un Éphésien nommé Hermodore, alors exilé en Italie. Avec son secours, ils parvinrent à rédiger un corps de lois qui furent écrites ou gravées sur dix tableaux placés en évidence devant la tribune aux harangues (*pro rostris*). L'année suivante, c'est-à-dire en 304, on ajouta deux autres tableaux, et de là vient aux lois qui furent ainsi promulguées le nom de *lois des douze-tables*.

§ XI.

45. Après avoir examiné d'où naissent les différentes espèces de droit, notre texte établit dans quels cas et de quelle manière chacune d'elles peut changer, et distingue à cet égard entre le droit naturel et le droit civil.

Le droit naturel, c'est-à-dire ici le droit que la nature a donné à tous les hommes en général (*quæ apud omnes peræque gentes servantur*); le droit naturel, dis-je, est immuable, non pas à cause de sa généralité, mais à raison de la source dont il dérive. Les lois que pose la sagesse divine sont éternelles comme leur auteur. L'homme peut les négliger, les violer par d'autres lois; mais non pas les changer: observé ou non, le droit naturel n'en subsiste pas moins, et ses préceptes restent toujours les mêmes.

46. Il n'en est pas ainsi du droit civil: il admet dans un temps les règles qu'il repoussait auparavant. Un seul et même principe peut devenir successivement conforme ou contraire au droit civil, parce que les préceptes en sont changeans et variables (*mutari solent*). Le droit civil change, dit Justinien, ou par le consentement tacite du peuple, ou par des lois postérieures qui dérogent aux précédentes; et cela parce qu'on l'abolit de la même manière dont on le forme, c'est-à-dire par la volonté expresse ou tacite du législateur.

L'abrogation des lois par d'autres lois contraires ne peut souffrir aucune difficulté. L'abrogation tacite par désuétude n'en souffre pas davantage, lorsque l'autorité législative réside dans le peuple: alors le peuple peut changer ou maintenir les lois que lui seul a pu établir; et sa volonté, de quelque manière qu'elle se manifeste, est toujours la volonté du législateur. Tel est le principe sur lequel repose ici la décision de notre texte, conforme à celle de Julien (*fr.* 32, § 1, *de legib.*). On devait décider autrement lorsque les empereurs eurent acquis toute l'autorité législative: aussi Constantin (*C.* 2, *quæ sit long. consuet.*) avait-il déclaré que les coutumes ne peuvent jamais prévaloir contre la loi.

TITRE III.

DE LA CONDITION DES PERSONNES.

PR.

48. Le droit, quelle que soit son origine, a toujours pour but d'attribuer à chacun ce qui lui appartient; pour y parvenir, il faut connaître d'abord ce que chacun est, et secondement ce qui lui appartient; de là deux objets du droit, les personnes et les choses. Les personnes sont le premier objet du droit, ou, pour mieux dire, elles en sont l'objet primitif et principal, puisque les choses et le droit lui-même n'existent que pour les personnes *quarum gratiâ constitutum est*; et, comme il y a différens droits pour différentes classes de personnes, il faut commencer par distinguer ces classes. C'est ce dont Justinien s'occupe dans ce premier livre, en remettant à traiter séparément, dans les livres postérieurs, des autres objets du droit.

49. Cependant, comme aucun précepte ne s'applique isolément soit aux personnes, soit aux choses, chaque objet du droit pourra faire l'objet principal, mais non l'objet exclusif d'un traité séparé; ainsi, en parlant des personnes, nous aurons nécessairement à parler des choses, et même d'un troisième objet du droit, c'est-à-dire des actions. En effet, il ne suffit pas qu'une loi existe; qu'elle attribue à un individu telle ou telle faculté, tel ou tel droit; qu'elle lui impose des obligations plus ou moins étendues : il faut encore, pour agir, pour exercer les facultés et les droits qui nous appartiennent, pour obtenir d'autrui l'accomplissement de ses obligations, il faut que le droit trace une marche certaine, afin que chacun ne s'ouvre pas à son gré une route arbitraire, et afin surtout qu'on ne se fasse pas justice par soi-même. Tel est le but des actions qui forment le troisième objet du droit. Nous n'anticiperons point à cet égard sur les notions qui deviendront nécessaires ailleurs, et qui ont besoin d'être préparées par plusieurs autres; occupons-nous donc d'abord des personnes et des distinctions que le droit établit entre elles.

50. La première et la principale (*summa*) division des personnes range tous les hommes (*omnes homines*) en deux classes : ils sont nécessairement libres ou esclaves.

Les premiers conservent entre eux la jouissance et l'exercice du droit des gens, dont les seconds sont en quelque sorte privés; je dis *en quelque sorte*, parce qu'ils ne cessent pas à beaucoup près d'être considérés comme des hommes, ou, ce qui revient au même, comme des personnes. Le droit romain leur conserve ce titre, et s'il les rejetait exclusivement au nombre des choses, on ne distinguerait pas ici, dans la première division des personnes, celles qui sont libres ou esclaves; dans une autre division, les esclaves ne figureraient pas de nouveau parmi les personnes dites *alieni juris* (*pr. et* § 1, *de his qui sui vel al.*). Quelquefois cependant l'esclave est assimilé aux choses, mais parce qu'il appartient en même temps et sous différens rapports à la classe des personnes et à celle des choses, ainsi que nous le démontrerons dans plusieurs occasions.

§ I.

51. La possibilité de faire absolument tout ce qui plaît n'appartient pas plus à l'homme que la toute-puissance. Sa liberté est donc nécessairement restreinte, et elle l'est d'abord par tous les obstacles que la nature oppose à la faiblesse humaine. Outre cette restriction absolue, et dans la limite même de ses facultés naturelles, la volonté de chaque individu trouve encore des obstacles ou matériels ou moraux. Les premiers viennent d'une résistance et d'une force supérieure (*si quid vi... prohibetur*); les seconds résultent des préceptes du droit (*si quid.... jure prohibetur*), et ces empêchemens sont en réalité les seuls qui restreignent le droit de liberté; car un obstacle de fait ne détruit pas le droit de faire, mais seulement la faculté d'agir ou l'exercice du droit (58).

52. Cette restriction de notre liberté naturelle, par les préceptes du droit, est une conséquence nécessaire de la civilisation. Dans toute société, chacun aliène réciproquement une partie de sa liberté individuelle, afin de n'être pas soi-même gêné par la liberté illimitée des autres. On sacrifie une partie pour assurer la jouissance du reste; mais ce sacrifice, quelle qu'en soit l'étendue, n'est jamais pour l'homme libre qu'une exception. Ainsi, lorsqu'il voudra exercer une faculté naturelle, on n'aura

point à examiner s'il existe une permission; l'homme libre conserve en général le droit de faire tout ce que les lois ne lui défendent point. S'il existe une prohibition, c'est une dérogation qu'il faut prouver contre lui.

53. Toutefois cela n'est vrai et ne s'entend ici que des facultés naturelles à l'homme (*naturalis facultas*). Quant aux droits nouveaux que la loi civile introduit, évidemment ils n'appartiennent qu'aux individus à qui la loi les a spécialement conférés; et quant aux autres, il n'est pas besoin de leur retirer ce qu'ils n'ont jamais eu; il suffit de ne pas le leur donner. Nous en verrons un exemple dans la faculté de tester, introduite par la loi des Douze-Tables : elle n'appartenait d'abord qu'aux pères de famille. Jamais aucune disposition du droit romain n'en a dépouillé les fils de famille; et cependant ils n'ont joui de cette faculté que lorsqu'on la leur a spécialement accordée. (V. *pr., quib. non est permiss.*)

§ II.

54. A la différence de l'homme libre, l'esclave est, même pour ses facultés naturelles, dans une prohibition générale; s'il peut quelque chose, ce n'est que par exception. Placé sous la domination absolue d'un maître despotique (*dominio alieno subjicitur*), il ne peut que ce qu'on lui permet, parce qu'il est considéré comme déchu de toute espèce de droits, et comme n'existant plus que pour celui dont il devient la propriété. C'est en ce sens et à l'égard de son maître que l'esclave est assimilé aux choses.

§ III.

55. Les esclaves se nommaient à Rome ou *servi* ou *mancipia*. *Servus*, d'où est venu notre mot *serf*, n'est qu'une abréviation de *servatus* (conservé). L'étymologie s'accorde ici avec l'origine de l'esclavage, tel que Justinien l'expose, d'après Florentinus (*fr.* 4, § 2 et 3, *de stat. homin.*). On a déjà vu que les jurisconsultes romains faisaient dériver l'esclavage de la guerre (*Ulp. fr.* 4, *de just. et jur.*; *Hermog. fr.* 5, *eod.*; *V.* § 2, *de jur. nat.*; *pr. de libert.*). On ajoute ici, pour le justifier, que les prisonniers de guerre reçoivent du vainqueur la vie que celui-ci pouvait leur ôter : toutefois, en leur conservant la vie, il ne renonce pas à son droit; s'il en diffère ou s'il en modifie l'exercice, c'est dans son propre intérêt, sans consulter aucunement celui du captif, qui reste sous l'entière domination du vainqueur.

Le mot *mancipium*, suffisamment expliqué par le texte, s'applique également aux esclaves, à raison de la captivité qui met un prisonnier sous la main, c'est-à-dire sous la puissance des ennemis; car ici *manus* est synonyme de puissance (*pr., de libertin.*).

§ IV.

56. Justinien expose ici, d'après Marcien (*fr.* 5, § 1, *de stat. homin.*), comment la servitude s'établit sur chacun des individus qui s'y trouvent soumis.

Quiconque est esclave, est né tel, ou l'est devenu par un changement de condition postérieur à sa naissance (*servi nascuntur, aut fiunt*).

57. Originairement, et d'après le droit naturel, tous les hommes naissaient libres (*Ulp. fr.* 4, *de just. et jur.*; *fr.* 32, *de reg. jur.*; V. *pr., de libert.*), et nous avons vu que les premiers esclaves le sont devenus par les malheurs de la guerre. Les esclaves de naissance ne sont donc pas les plus anciens; leur servitude suppose une servitude antérieure, qui ne commence pas en eux, mais qui se transmet jusqu'à eux. Effectivement, nul ne naît esclave que l'enfant d'une femme esclave. Le nouveau-né qui suit la condition de sa mère est libre ou esclave comme elle, et, par un principe que nous aurons occasion de développer (355; § 19, *de rer. div.*), esclave du même maître.

Cette règle s'applique ici sans aucun égard à la condition du père; non qu'il ne puisse exister une paternité certaine hors des *justes noces* (154, 160); mais parce que l'enfant conçu *ex justis nuptiis* est le seul qui suive la condition de son père. Dans tout autre cas, que la paternité soit ou ne soit pas certaine, l'enfant doit suivre, d'après le droit des gens, la condition de sa mère (*Caius*, 1 *inst.* 67, 76, 80, 82).

58. Il y a donc des esclaves de naissance, et des esclaves devenus tels par un fait postérieur, qui les a privés de la liberté. C'est ce qui, d'après le droit des gens, arrive, ainsi qu'on l'a déjà dit (*ex captivitate*), aux prisonniers (§ 17, *de rer. divis.*) que deux peuples ennemis font l'un sur l'autre dans

une guerre de nation à nation : car autrement il n'y aurait pas guerre, mais seulement piraterie ou brigandage (*Ulp. fr.* 118, *de verb. signif.*), et les captifs, privés de l'exercice de leur liberté, ne perdraient pas la liberté même : ils seraient de fait *in servitute*, sans être esclaves.

59. Dans plusieurs cas prévus par le droit civil, la servitude est une punition que le législateur inflige aux personnes qu'il juge indignes de conserver la liberté, et par exemple, à ceux qui se laisseraient vendre pour partager le prix de la vente (*text. hic*).

La liberté n'a point de prix (§ *ult.*, *qui et ex quib. caus.*; *Paul. fr.* 106, *de reg. jur.*). Nul ne peut aliéner la sienne ni se rendre volontairement esclave (*Callistr. fr.* 37, *de liberal. caus.*; *Val. et Gallien. C.* 6; *Dioclet. et Maxim. C.* 10, 24 *et* 39, *eod.*); et la vente d'un homme libre ne pourrait jamais conférer à l'acheteur aucun droit sur la personne vendue (§ *ult.*, *de empt. vend.*). On ne se vendait donc pas soi-même; mais quelquefois un homme libre se laissait vendre comme esclave pour tromper l'acheteur, partager le prix touché par le vendeur et revendiquer ensuite sa liberté, à laquelle la vente ne portait aucun préjudice. Pour punir une semblable fraude, on a décidé que la liberté ne pourrait pas être réclamée lorsque le prétendu esclave, connaissant bien sa condition d'homme libre (*Constant.*, *C.* 2, C. Th. *eod.*), se sera laissé vendre à un acheteur de bonne foi (*Ulp. fr.* 7, § 2, *de libert. caus.*), et aura réellement touché une partie du prix, étant âgé de plus de vingt ans (*major viginti annis*), sinon lors de la vente, au moins lors de la réception par lui faite de sa part du prix. (*Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 1, *quib. ad libert.*)

60. Les décisions précédentes étaient fondées sur plusieurs senatus-consultes (*Pompon. fr.* 3, *eod.*), au nombre desquels paraît avoir été le sénatus-consulte Claudien (V. *Paul. ad Sc. Claud.*, *fr.* 5, *eod.*), dont une disposition abrogée par Justinien privait les femmes de la liberté, dans un cas dont nous parlerons (951) au titre *de Successionibus sublatis*.

61. Nous trouvons encore dans les Institutes de Justinien (§ 3, *quib. mod. jus. patr.*; § 1, *de cap. dem.*) deux autres manières de perdre la liberté.

Toute personne condamnée à mourir en combattant contre les bêtes féroces (*qui bestiis subjiciuntur*; § 3, *quib. mod. jus patr. pot.*) devenait esclave par l'effet immédiat de la sentence et avant son exécution (*Ulp. fr.* 6, § 6, *de injust. rupt.*; *Caius*, *fr.* 29, *de pœn.*). La condamnation aux mines produisait aussi le même effet (*d.* § 3, *quib. mod. jus patr.*; *Mac. fr.* 10, § 1, *de pœn.*), lorsqu'elle était perpétuelle (*Ulp. fr.* 8, § 8; *Callistr. fr.* 28, § 6, *eod.*); mais Justinien (*Nov.* 22, *cap.* 8) a voulu que dans ce cas le condamné restât libre, malgré la peine qu'il subit. Au reste, les condamnés qui deviennent esclaves n'ont pas d'autre maître que le supplice auquel ils sont destinés; et de là vient qu'on les appelle *servi pœnæ*, esclaves de la peine. (V. *Marcian. fr.* 17, *eod.*; *Callistr. fr.* 12, *de jur. fisc.*)

Lorsqu'un affranchi se montre ingrat envers le patron qui lui a volontairement accordé la liberté (1), celui-ci peut obtenir une condamnation qui fait rentrer l'affranchi dans l'esclavage et sous la puissance de son ancien maître (§ 1, *de capit. demin.*; *Anton. C.* 1; *Constant. C.* 2, *de libert. et eor. liber.*).

§ V.

62. Le pouvoir du maître, également absolu sur tous les esclaves, ne laisse entre eux aucune distinction légale, quoique de fait la différence des emplois rende le sort des uns bien meilleur que celui des autres. (V. § 7, *de injur.*) Au contraire, la loi met de grandes différences entre les hommes libres, selon qu'ils sont ingénus ou affranchis, c'est-à-dire selon que la liberté est pour eux un droit inné, ou simplement un droit acquis.

TITRE IV.

DES INGÉNUS.

PR.

63. Un ingénu est libre par naissance. Il s'agit donc de savoir dans quel cas un enfant naîtra libre, sans examiner si les père

(1) Nous verrons plus loin (805; § 2 *de sing. reb. per fideic.*) comment un maître peut être tenu d'affranchir son esclave, et (§ 3 *de noxal. act.*) comment l'esclave peut être affranchi par le préteur malgré son maître.

et mère sont eux-même ingénus ou affranchis (*text. hic*; V. *Gordian. C.* 11, *de oper. libert.*).

D'après les derniers mots de notre texte, il suffit que la mère ait été libre, soit à l'instant de la conception ou de la naissance, soit à un moment quelconque de la grossesse; mais cette règle, quoique vraie en résultat, exige, pour être bien comprise, l'exposition préalable de plusieurs principes.

64. Le texte parle d'abord de l'enfant issu d'un mariage civil, *matrimonio editus*. Il est toujours ingénu, et l'on n'entre à son égard dans aucun détail, parce que non seulement il suit la condition de son père, mais la condition que son père avait à l'époque de la conception (*Ulp. 5, reg.* 8 *et* 10; *Caius*, 1 *inst.* 80, 89). Or, à cette époque, l'existence d'un mariage civil suppose nécessairement que les deux époux sont libres, et peu importe s'ils perdent ensuite la liberté. L'enfant dont l'état est déterminé depuis sa conception naîtrait toujours libre et citoyen romain. (V. *Caius*, *ibid.* 91; *Ulp. fr.* 18, *de stat. hom.*)

65. La règle qui attribue à l'enfant la condition du père est la conséquence d'un mariage contracté conformément aux règles du droit civil. Dans tout autre cas, et quel que soit le genre d'union qui aurait pu exister entre les père et mère, c'est le droit des gens qui fixe la condition des enfans, et alors ils suivent toujours la condition de leur mère. (V. *Cels. fr.* 19, *de stat. hom.*; *Ulp. et Caius*, *loc. sup. cit.*) Il importe donc peu que le père soit libre ou esclave; car lors même que la paternité serait certaine (1), l'enfant n'en suivrait pas moins la condition de sa mère, comme celui qui serait *vulgo conceptus*, et qui, à raison de ce, n'aurait point de père connu.

L'enfant, d'après le droit des gens, suit la condition que sa mère avait en le mettant au jour; il suffit donc qu'elle se trouve libre en accouchant, quoiqu'elle ait conçu dans l'esclavage, *licet ancilla conceperit*. Réciproquement l'enfant dont accouche une esclave devrait naître esclave, encore que sa mère eût été libre au moment de la conception. En effet, nous avons vu précédemment que les individus nés d'une mère esclave (*qui ex ancillis nascuntur*) sont esclaves de naissance; et telle est aussi la décision constamment suivie par Caïus et par Ulpien (*loc. cit.*), sans examiner l'époque de la conception.

66. Cependant un jurisconsulte contemporain d'Ulpien et postérieur à Caïus, Martien (*fr.* 5, *de stat. hom.*), dont Justinien emprunte ici les expressions, annonce une décision plus favorable pour l'enfant dont la mère, esclave à l'époque de l'accouchement, aurait été libre, soit lors de la conception, soit à un instant quelconque de la grossesse. On a pensé, dit Martien, que le malheur de la mère ne devrait pas retomber sur l'enfant *qui in ventre est*; et en effet, en considérant l'espoir que cet enfant avait de naître libre, et l'événement qui le ferait naître esclave si l'on suivait la règle du droit des gens, on a dû le plaindre de n'être pas né quelques jours ou même quelques instans plus tôt. Tel est le motif qui a fait admettre, mais seulement en faveur de la liberté (V. *Paul.* 2, *sept.* 24, § 2 *et* 3), une exception qui n'empêche pas l'application du principe et de ses conséquences, lorsqu'il s'agit de savoir, non pas si l'enfant qui suit la condition de sa mère naîtra libre ou esclave, mais s'il naîtra citoyen ou étranger. Sur ce dernier point on examine uniquement l'époque de la naissance. (V. *Ulp. fr.* 18, *de stat. hom.*; *Caius*, 1 *inst.* 90; *Pothier, pand. just. I, V.* 13.)

67. Cependant il existe une fiction de droit d'après laquelle un enfant conçu peut être considéré, dans son propre intérêt, comme s'il était déjà né. Cette fiction concilierait facilement la décision de Martien avec le principe du droit des gens. On pourrait dire que Martien considère aussi l'époque de la naissance; mais que, dans l'intérêt de l'enfant, il le suppose né à l'époque la plus avantageuse pour lui, c'est-à-dire à l'époque où la mère était libre. Par suite de la même fiction, l'enfant dont la mère perd les droits de cité pendant sa grossesse devrait naître citoyen; mais il est à remarquer que les fictions n'ont jamais qu'une application limitée, et celle dont nous parlons ici n'est pas plus absolue que les autres; Caïus, qui la connaissait parfaitement (1 *inst.* 147), n'en tire aucune conséquence dans la matière qui nous occupe. Nous verrons plus loin (211, 572) quels sont les cas où l'enfant conçu doit être considéré comme déjà né.

(1) Nous verrons plus loin (160), sur le § 12 *de nuptiis*, comment la paternité peut être certaine, sans que l'enfant suive la condition de son père.

§ Ier.

68. Un homme libre peut se trouver *in servitute*, et passer pour esclave sans l'être réellement. Dans ce cas, un ingénu affranchi par son prétendu maître reste ingénu, et ne passe point dans la classe des affranchis (*text. hic*).

Un homme libre, devenu réellement esclave, peut recouvrer la liberté, mais il ne rentre pas dans le nombre des ingénus : ce n'est toujours qu'un affranchi (*Modest. fr.* 21, *de stat. hom.*). Il ne faut donc pas confondre sa position avec celle du précédent. Le premier, considéré comme esclave, n'en était pas moins libre; ingénu avant son affranchissement, il l'est encore après; car la manumission peut conférer de nouveaux droits, mais n'efface pas ceux que l'on avait déjà. Le second a été esclave; en cessant de l'être il acquiert une liberté nouvelle, et celle-ci n'a rien de commun avec la liberté qu'il pouvait tenir de sa naissance, ni par conséquent avec l'ingénuité qu'il a perdue, non à cause de l'affranchissement, mais à cause de l'esclavage dans lequel il était légalement tombé.

TITRE V.

DES AFFRANCHIS.

PR.

69. On voit, par ce qui précède, que la qualité d'affranchi ne résulte pas du fait de la manumission, mais de la cessation, et par conséquent de la préexistence d'une véritable servitude. C'est ce que confirme ici même la définition du mot *libertinus*. Caïus (1 *inst.* 11) et Justinien ne l'appliquent qu'aux individus libérés (*ex justa servitute*) d'un esclavage légitime.

70. Au lieu du mot *libéré* dont je me sers, le texte dit (*manumissi*) *libéré par manumission*; ce qui supposerait, à proprement parler, une liberté acquise par un acte formel; et c'est ainsi en effet que les esclaves obtiennent régulièrement leur liberté. Cependant, comme en certains cas ils peuvent l'obtenir sans aucun acte de manumission ou d'affranchissement (1), à la définition que donnent les premiers mots du texte, il sera plus exact de substituer celle qui se trouve à la fin (*qui desierunt esse servi*); car il importe peu de quelle manière un esclave aura cessé de l'être, pourvu qu'il l'ait été et qu'il ne le soit plus.

71. Remarquez dans le texte, 1° l'origine de la manumission qui dérive, ainsi qu'on l'a déjà dit, du droit des gens; 2° sa définition *libertatis datio* (2); 3° enfin la division tripartite, dans laquelle notre texte et celui d'Ulpien (*fr.* 4, *de just. et jur.*) opposent d'abord les personnes libres aux personnes esclaves, et colloquent dans une troisième classe les affranchis qui n'ont pas toujours été libres, mais ne sont plus esclaves. Les affranchis sont libres dans l'acception générale du mot, et lorsqu'on l'applique, comme nous l'avons vu précédemment (*pr. et* § 5, *de jur. person.*), à quiconque n'est pas esclave; mais les hommes libres dont il est ici question sont les hommes libres par excellence, les hommes libres qui l'ont toujours été, en un mot les ingénus. La qualité d'homme libre prise dans ce sens ne s'applique point aux affranchis, et dans ce sens Ulpien a pu ranger ces derniers dans une classe particulière.

§ Ier.

72. Un maître peut affranchir son esclave, 1° dans l'église (*in sacrosanctis ecclesiis*) en présence du peuple et avec l'assistance des évêques qui signent l'acte de manumission (3). Ce mode, introduit par Constantin, paraît avoir remplacé l'affranchissement qui autrefois à Rome s'opérait par le cens, lorsque avec la permission du maître l'esclave s'était fait inscrire parmi les citoyens romains sur les tables du cens, qui se faisait tous les cinq ans, et dont l'usage avait cessé depuis long-temps (4).

(1) *Voyez* au Digeste le titre : *Qui sine manumissione ad libertatem perveniunt*. Voyez aussi (§ 3, *de noxal. act.*) un cas où l'affranchissement a lieu sans la volonté et même contre la volonté du maître.

Quelques éditeurs ont écrit DE MANU DATIO. Ces mots n'ont aucun sens; mais il est facile de leur rendre celui qu'ils doivent avoir, en complétant, d'après Ulpien (*fr.* 4, *de just. et jur.*), une phrase tronquée, et en lisant : *de manu missio, id est, datio libertatis.*

(3) *Voyez C.* 1, *de his qui in eccles.* Du vivant de Pothier, il existait encore un monument de cette espèce d'affranchissement sur la porte de la principale église d'Orléans. *Pand. Just. XL, I*, 1.

(4) *Voyez* Ulpien (1 *reg.* 8); *voyez* aussi le fragment d'un ancien jurisconsulte *de manumissionibus*, dans la première partie du *Juris civilis ecloga.*

Un maître affranchit aussi, 2° par la vindicte (1), devant le magistrat compétent, avec des formes et des paroles solennelles (*Ulp. 1 reg. 7*); 3° entre amis, et 4° par lettre, c'est-à-dire par une déclaration verbale (*inter amicos*) ou écrite (*per epistolam*), mais faite, dans l'un et l'autre cas, en présence de cinq témoins, qui signent la déclaration écrite ou l'acte constatant la déclaration verbale du maître (*C. un.*, § 1 *et 2, de lat. libert. toll.*); 5° par testament ou par un autre acte de dernière volonté, c'est-à-dire par codicille, ainsi que nous aurons occasion de l'expliquer au second livre (814); 6° enfin par plusieurs autres manières anciennes ou nouvelles, dont l'énumération se trouve au Code (*C. de lat. libert. toll.*).

§ II.

73. Nous voyons dans ce paragraphe que les distinctions introduites par les lois Junia Norbana et Ælia Sentia entre les affranchis, les ont divisés en trois classes; que Justinien, rétablissant parmi eux l'égalité primitive, a voulu qu'en devenant libres ils devinssent tous citoyens romains. Ceci exige quelques explications; mais auparavant il importe d'observer que la volonté du maître, quelque nécessaire qu'elle soit, ne suffit jamais seule pour conférer directement la liberté : elle doit être accompagnée des formes, et en général des conditions requises. Autrement la volonté du maître qui laisse vivre ses esclaves comme s'ils étaient libres ne serait qu'une tolérance dont il pourrait se départir à chaque instant, et qui mettrait les esclaves *in libertate* sans les rendre libres, à la différence du véritable affranchi qu'une manumission légale a irrévocablement soustrait à la puissance dominicale.

74. Maintenant il faut savoir que l'ancien droit civil ne reconnaissait comme véritablement affranchis et libres que ceux dont le maître, investi du domaine *quiritaire* (2), s'en était dépouillé par le cens, par la vindicte ou par testament. Dans tout autre cas et de toute autre manière, la volonté d'affranchir ne libérait pas l'esclave; elle le mettait seulement *in libertate*.

75. La loi Ælia Sentia, portée l'an de Rome 757, sous le consulat de S. Ælius Catus et de C. Sentius Saturninus, vint ajouter aux conditions déjà exigées pour la manumission. Elle distingua l'âge des esclaves, et ne voulut considérer comme réellement affranchis que ceux qui l'auraient été après l'âge de trente ans, ou, dans le cas contraire, avec l'autorisation d'un conseil spécial. (V. *Ulp. 1, reg. 12.*)

Il y avait donc des esclaves qui se trouvaient *in libertate* sans être précisément affranchis; dans cette position, et à raison de la tolérance du maître, ils jouissaient par le fait d'une liberté qui ne leur était point acquise. Un changement de volonté aurait suffi pour les rappeler sous la domination du maître; mais les préteurs s'y opposaient : ils contraignaient le maître à laisser vivre *in libertate* ceux qu'il y avait mis, sans cependant le priver des autres effets de sa puissance, et, par exemple, du droit d'acquérir par eux comme par tout autre esclave (3), conformément aux règles qui seront exposées plus loin (518, 988).

76. Ce tempérament du droit prétorien fut converti en une disposition de droit civil par la loi Junia Norbana, portée en 772, sous le consulat de Julius Silanus et de Norbanus Balbus. Elle déclara libres tous les esclaves que la protection du préteur aurait pu maintenir *in libertate*. Dès lors ils commencèrent à former une classe de véritables affranchis, reconnus comme tels, par la loi, qui leur assigna, sous le nom de *Latins Juniens*, des droits particuliers. On les appela *Latins*, parce qu'ils furent assimilés aux *Latini coloranii*, c'est-à-dire aux ingénus sortis autrefois de Rome pour se fixer dans les colonies du *Latium*; on les appela *Juniens*, à cause de la loi Junia qui leur avait conféré la liberté, mais la liberté seule, sans y joindre les droits de cité. Cette liberté n'était même, à proprement parler, qu'une jouissance de la liberté. En effet, l'affranchi latin vivait libre;

(1) Le mot *vindicte* vient du nom d'une baguette dont se sert le licteur, ou, selon quelques auteurs, du nom de *Vindicius*, premier esclave qui ait été affranchi de cette manière, après avoir découvert la conjuration des Tarquins. Pothier, *pand. just. LX, II*, 1.

(2) Un citoyen romain avait le domaine *quiritaire* des choses qui lui étaient acquises avec toutes les conditions exigées par le droit civil; et au contraire, il avait *in bonis* les choses acquises conformément aux règles du droit des gens. *V.* 455 *et suiv.*, *Ulp.* 1, *reg.* 16; *Caius*, 2 *inst.* 40.

(3) *Voyez*, dans la première partie du *Juris civilis ecloga*, le § 7 du fragment déjà cité (71).

mais à sa mort il était réputé n'avoir jamais cessé d'être esclave, et le patron exerçait sur les biens du défunt tous les droits d'un véritable maître (897 ; § 4, *de success. libert.* ; *Caius*, 3 *inst.* 56.)

77. Depuis la loi Junia Norbana, on distingua donc parmi les affranchis, des citoyens romains et des Latins juniens ; et toutefois cette distinction ne s'appliquait pas à tous ; car déjà la loi Ælia Sentia avait réglé le sort de certains esclaves. Ceux qui, après avoir encouru certaines punitions, comme la marque ou la torture, venaient ensuite à être affranchis, étaient assimilés par cette loi aux *peregrini deditītii*. On appelait ainsi les étrangers qui autrefois, après avoir pris les armes contre Rome, s'étaient ensuite livrés à discrétion. Les affranchis deditices formèrent une troisième classe, dont la condition irrévocablement fixée ne pouvait pas s'améliorer ; ils ne devenaient jamais ni citoyens ni Latins. (*Caius*, 1 *inst.* 13, 14, 15, 26 *et* 27.)

La distinction entre ces deux classes ne pouvait donc s'appliquer qu'aux esclaves qui, d'après la loi Ælia Sentia, n'étaient pas indignes d'obtenir le titre de citoyens ; et ils l'obtenaient en effet lorsqu'ils étaient affranchis avec toutes les conditions exigées sur l'âge de l'affranchi, sur la forme de la manumission, et sur le genre de propriété qu'avait acquise l'affranchissant. Lorsque ces trois conditions n'étaient pas réunies, l'affranchi entrait dans la classe des Latins juniens (*Caius*, 1 *inst.* 16 *et* 17), sauf à obtenir plus tard le titre et les droits de citoyen romain. (V. *Ulp.* 3, *reg.* 3 *et seq.* ; *Caius*, 1 *inst.* 28 *et seq.*)

Voilà comme on était arrivé à distinguer trois espèces d'affranchis, que Justinien se hâte de réunir.

78. Depuis long-temps on ne voyait plus de déditices ; et l'empereur croit devoir supprimer expressément (*C. de dedit. libert. toll.*) une distinction tombée en désuétude. Il supprime également (*C. de latin. libert. toll.*) celle qui subsistait encore entre les deux autres classes d'affranchis. En conséquence il les déclare tous citoyens romains, quel que soit l'âge de l'esclave, de quelque manière qu'il ait été acquis par l'affranchissant (1), et quel que soit aussi le mode d'affranchissement.

Toutefois il faut se garder de croire qu'un maître puisse affranchir à son gré, sans observer aucunes formes légales. Justinien veut dire simplement que l'on peut choisir entre les différens modes de manumission par lui conservés ou établis, parce qu'ils produisent tous le même effet, en ce sens, qu'un mode d'affranchissement qui autrefois aurait rangé l'esclave parmi les Latins juniens, suffit désormais pour l'élever au rang de citoyen (§ 4 *in fin.*, *de success. libert.*) ; mais il faut toujours que ce soit un des modes reconnus par la loi ; car autrement les anciennes formes d'affranchissement, non conservées par Justinien, seraient absolument sans effet (*C. un.*, § 12, *de latin. libert. toll.*)

79. L'empereur supprime ici toute différence entre les affranchis, et les déclare tous citoyens ; plus tard (*Nov.* 78., *cap.* 1 *et* 2) il les a considérés comme régénérés par la manumission même, et en accordant aux affranchis les mêmes honneurs qu'aux ingénus, il a effacé la distinction qui séparait ces deux classes, sans préjudicier cependant aux droits du patron.

§ III.

80. Le texte nous offre ici pour la manumission par vindicte l'application d'une règle commune aux actes de juridiction volontaire, comme la manumission, l'émancipation et l'adoption, pour lesquelles on peut profiter en tout temps et en tout lieu de la présence du magistrat, sans être obligé de comparaître devant son tribunal à jour fixe (2).

(1) *Nullo, nec ætatis manumissi, nec* DOMINI *manumittentis, nec manumissionis modo discrimine habito.* Au lieu de DOMINI, qui se rapporterait mal à propos à l'âge du maître, il faut lire *dominii* pour rappeler l'ancienne distinction du domaine quiritaire. Le texte de Caius (1 *inst.* 17) ne laisse maintenant aucun doute sur la nécessité de cette correction déjà faite par plusieurs éditeurs.

(2) *Mart. fr.* 2, *de offic. proc.* Toutefois cette latitude n'existait que pour les esclaves âgés de plus de trente ans. Les autres ne devenaient citoyens romains, d'après la loi Ælia Sentia, que lorsqu'ils étaient affranchis par la vindicte, à jours fixes (*certis diebus*), en présence du conseil qui autorisait l'affranchissement. (V. *Caius*, 1 *inst.* 18 *et* 20.)

TITRE VI.

QUI NE PEUT AFFRANCHIR, ET PAR QUELS MOTIFS.

81. Justinien, quoiqu'il se montre favorable aux manumissions, n'accorde cependant pas aux maîtres qui voudraient affranchir une latitude illimitée; plusieurs lois anciennes avaient posé à cet égard des bornes dont l'empereur conserve quelques unes, et spécialement celles de la loi Ælia Sentia. En effet, outre les dispositions relatives aux esclaves et dont nous avons parlé dans le titre précédent, il existait dans la même loi deux chefs particuliers aux maîtres, pour les empêcher d'affranchir, soit en fraude de leurs créanciers, soit avant l'âge de vingt ans (*pr. et* § 4, *h. t.*).

PR.

82. Les créanciers peuvent saisir et faire vendre les biens du débiteur pour être payés sur le prix (V. *pr., de success. subl.*). Ils peuvent même, en vertu des édits prétoriens, faire révoquer les aliénations consenties en fraude de leurs droits, et, par exemple, l'aliénation d'un esclave comme celle de toute autre chose (*Ulp. fr.* 6, § 5, *quæ in fraud.*; V. § 6, *de act.*); mais lorsqu'un homme a cessé d'être esclave, alors il est impossible d'atteindre en aucune façon l'affranchi : la liberté une fois acquise ne peut plus être retirée (§ 5, *de eo cui libert. caus.*). Les effets d'un affranchissement frauduleux étant impossibles à réparer, il fallait donc les prévenir en s'opposant à la manumission même, en sorte que la liberté ne fût point acquise. Effectivement la loi Ælia Sentia empêche l'affranchissement, qui reste nul et comme non avenu (*nihil agit*), du moins à l'égard des créanciers fraudés.

83. Quant au débiteur qui affranchit en fraude de ses créanciers, il peut d'autant moins contester la validité de la manumission, que nul n'est admis à se prévaloir de sa propre fraude. Ainsi l'affranchissement, quoique nul, subsiste si les créanciers fraudés ne l'attaquent pas, ou ne l'attaquent qu'après plus de dix ans. (V. *Paul. fr.* 1, § 1, *de statulib.*; *fr.* 16, § 3, *qui et à quib. manum.*)

§ I.

84. Il est même une espèce d'affranchissement que les créanciers ne peuvent jamais critiquer, c'est celui que le maître confère à un de ses esclaves en l'instituant héritier. L'héritier est tenu de toutes les obligations du défunt : nul ne voudrait donc accepter l'hérédité d'un homme insolvable, et, faute d'héritier, les biens du maître seraient vendus par les créanciers sous son nom. Pour éviter cette honte, la loi Ælia Sentia lui permet d'affranchir l'esclave qu'il institue, et qui devient héritier nécessaire, c'est-à-dire héritier malgré soi (586, 587, 660; § 1, *de her. inst.*; § 1, *de her. qual.*). Il devient également seul héritier (*heres ei solus*), parce que le maître insolvable ne peut affranchir ainsi qu'un esclave, et celui-ci n'acquiert l'hérédité et la liberté qu'au défaut de tout autre héritier institué dans le même testament, *si modo nemo alius, etc.* (V. *Paul. fr.* 57, *de her. inst.*; V. 605.)

§ II.

85. Le testateur qui institue son propre esclave, manifeste par cela même l'intention d'affranchir, puisque l'institué ne peut pas recueillir l'hérédité de son maître en restant esclave; toutefois la volonté du maître ne suffit pas seule pour conférer la liberté. Il faut, comme nous l'avons déjà vu, que cette volonté soit revêtue des formes légales : on exigeait même que le testateur s'exprimât en termes solennels, ce qui devait exclure une manumission tacite; cependant Atilicinus, jurisconsulte proculéien, croyait l'institution suffisante (1). Cet avis n'avait point été suivi dans l'usage (*Ulp.* 22, *reg.* 12; V. *Paul. d. fr.* 57, *de hered. inst.*); mais Justinien l'adopta dans une des cinquante décisions (§. 5, *de necess. serv. hered. inst.*), et donna ainsi une nouvelle preuve (*nova humanitatis ratione*) de l'humanité qui le portait à favoriser les affranchissemens, en dérogeant à la rigueur des anciens principes.

Au surplus, cette décision n'est pas restreinte au testateur insolvable; elle forme règle générale pour tous les cas où un esclave aurait été institué par son maître,

(1) Voy. *pr. de hered. inst.* Justinien invoque dans ce texte l'opinion d'Atilicinus pour prévenir le reproche d'innovation.

sans être expressément affranchi (*text. hic.*).

§ III.

86. Un maître, ainsi que nous l'avons vu, ne peut affranchir *en fraude* de ses créanciers ; sachons ce qu'on entend ici par fraude.

Le verbe *fraudare*, dans son acception primitive, ne signifie rien de plus que frustrer (1) ; ainsi agir en fraude de ses créanciers, ce serait faire un acte par le résultat duquel ils seraient frustrés de ce qui leur est dû, en perdant, par l'insolvabilité du débiteur, les moyens de se faire payer. C'est en ce sens que la loi Ælia Sentia était entendue par Caïus (*fr.* 10, *qui et a quib. man.*), d'après lequel Justinien déclare ici que l'affranchissement se fait en fraude des créanciers lorsque le maître est déjà insolvable, ou lorsqu'il le devient par suite de l'affranchissement même. On ne considère jusqu'ici que les résultats, sans s'arrêter à l'intention du maître ; et cela, continue Caïus, parce que l'homme s'abuse et se croit souvent plus riche qu'il ne l'est en effet (*sæpè enim, etc.*).

87. Cependant Julien (*fr.* 15, *quæ in fraud.*) adoptant l'opinion des Sabiniens (*Caius, fr.* 57, *de mantest.*), dont Caïus semble s'écarter en ce point, ne se contente pas du tort réel que l'affranchissement causerait aux créanciers ; il exige en outre, pour appliquer la loi Ælia Sentia, que le débiteur ait agi sciemment et avec intention de leur nuire, ou, pour employer les expressions du texte même, que les créanciers aient été doublement fraudés (*cum utroque modo fraudantur*), c'est-à-dire qu'ils l'aient été de fait et d'intention. Cette opinion des Sabiniens a prévalu (*prævaluisse tamen videtur*), et c'est une règle générale en matière de fraude qu'elle se constitue d'un tort réel et volontairement causé par le débiteur (*Papin. fr.* 79, *de reg. jur.*).

88. Pour trouver quelque suite dans le paragraphe que nous expliquons, il faudrait lire ces mots, *sæpe enim, etc.*, comme ils se lisent dans Caïus même (*d. fr.* 10, *qui et a quib. man.*), c'est-à-dire, immédiatement après ceux-ci, *desiturus est solvendo esse*. La pharase *prævaluisse tamen* est d'autant plus mal intercalée entre l'opinion de Caïus et le motif donné par ce jurisconsulte, qu'elle consacre un principe directement opposé à celui de Caïus, principe qui ne devrait pas lui-même être séparé de sa conséquence, *itaque tunc, etc.*

§ IV.

89. Le maître mineur de vingt ans ne peut affranchir que par la vindicte, et pour des motifs légitimes approuvés par un conseil spécial.

On est mineur ou majeur relativement à un âge quelconque, selon qu'on est au dessous ou au dessus de cet âge. (V. § 13, *de excusat. tut.*) Au dernier jour de la dernière année, on n'est pas encore au dessus ; mais on n'est déjà plus au dessous, ce qui suffit ici pour ne plus se trouver compris dans une prohibition qui ne concerne que les mineurs de vingt ans (2).

90. En les soumettant à la nécessité de motiver l'affranchissement et d'en faire approuver le motif par un conseil spécial, notre texte exige en outre que les mineurs de vingt ans affranchissent par la vindicte (*non aliter..... quam si vindicta*) ; en sorte que tout autre mode de manumission paraîtrait interdit, même avec l'autorisation du conseil. Cependant un mineur de vingt ans peut affranchir par testament l'esclave dont il fait son héritier nécessaire (*Paul. fr.* 27, *de manum. test.*); mais dans tout autre cas, et quoiqu'il existe un motif suffisant pour valider un affranchissement entre vifs, la liberté ne serait pas directement acquise en vertu d'un testament fait avant l'âge de vingt ans. Le testateur ne pourrait donner qu'une liberté fidéicommissaire (3), à moins qu'il ne fût militaire. (V. *Ulp. fr.* 4, § 18, *de fideic. libert.* ; *Alexand. C.* 4, *de test. mil.*) Ces divers exemples prouvent assez qu'il n'était pas indifférent d'affranchir de son vivant, ou par acte de dernière

(1) C'est en ce sens que Justinien l'applique aux effets mêmes de la loi qui, après un temps limité, transfère la propriété aux possesseurs de bonne foi. Justinien observe que ce délai ne doit pas être trop court, *ne domini maturius rebus suis* DEFRAUDENTUR. (*Pr., de usuc. et long. temp.*)

(2) Voyez *Ulp. fr.* 1, *de manum.* Il en est autrement lorsqu'il s'agit d'une faveur accordée jusqu'à un certain âge ; par exemple, de celle qui permet aux mineurs de vingt-cinq ans de faire rescinder les actes qui les auraient lésés. Dans ce cas on est considéré comme mineur, même dans la dernière heure de la dernière année de l'âge fixé. (V. *Ulp. fr.* 3, § 3, *de minor. vigint.*)

(3) Voyez § 2, *de singul. reb. per fideic. rel.*

volonté ; mais ils n'expliquent nullement le choix exclusif de la vindicte parmi plusieurs autres manumissions entre vifs. Nous voyons dans Caïus (1 *inst.* 38) que le mineur de vingt ans avait besoin d'autorisation lorsqu'il voulait affranchir par la vindicte et conférer à son esclave le titre de citoyen romain ; toutefois on ne concluait pas de là que tout autre mode d'affranchissement fût impossible. Il paraîtrait en résulter au contraire que l'affranchissement par vindicte est le seul qui eût besoin d'être autorisé ; et telle est en effet l'interprétation que Caïus (1 *inst.* 41) croit devoir prévenir, en avertissant que le mineur de vingt ans devait se faire autoriser, même pour donner le titre de Latin junien aux esclaves qu'il voulait affranchir *inter amicos*. Justinien, dans ses Institutes, ne fait plus aucune distinction entre les différens modes de manumission; pourquoi donc conserve-t il ici le mot *vindicta?* Tous les interprètes attribuent sa présence à une altération du texte, qu'ils s'efforcent de rétablir par différentes corrections (1).

§ V.

91. Le conseil ne devait autoriser l'affranchissement que pour un juste motif (*justa causa*), c'est-à dire pour un motif spécialement approuvé par la loi, comme ceux que Justinien rapporte ici d'après Caïus (1 *inst.* 19 *et* 39), et par forme d'exemple, car il en existe plusieurs autres. (V. *Marcian. fr.* 9 *et seq., de manum. vind.*) Remarquez dans l'énumération de notre texte que l'on permet d'affranchir une femme pour l'épouser, et un homme pour le charger de ses affaires. Dans le premier cas, il fallait que le maître jurât d'épouser l'affranchie dans les six mois (V. *Ulp. fr.* 13, *de manum. vind.*), et qu'il l'épousât en effet, à moins d'empêchement légal (*text. hic*); ce qui doit s'entendre d'un empêchement survenu après la manumission, car un mariage déjà impossible ne doit pas servir de motif à l'affranchissement. (V. *Marcian. fr.* 14 *in fin., eod.*) Dans l'intervalle entre l'affranchissement et le mariage, ou l'expiration des six mois, l'état de la femme reste en suspens. (V. *Cels. fr.* 19, *eod.*)

Dans le second cas, l'homme que son maître veut affranchir afin de lui confier ses affaires, doit avoir dix-sept ans accomplis pour être capable de postuler, c'est-à-dire d'exposer devant un magistrat la demande d'une partie ou la défense de l'autre. (*Ulp. fr.* 1, § 2 et 3, *de postul.*; V. § 7, *h. t.*)

(1) Ce texte existe dans Caïus (1 *inst.* 18 *et* 38), sauf une différence peu importante dans la rédaction.

§ VI.

92. L'approbation du conseil est irrévocable, quand même elle serait accordée sur de faux motifs. Ainsi, pour empêcher l'affranchissement, il faut contredire le motif allégué et s'opposer à son admission ; mais on ne revient pas sur la décision prise (*Marcian. fr.* 9, § 1, *de manum. vind.*), ni à plus forte raison sur la manumission consommée (*Anton. C.* 1, *de vind. libert.*). En effet, il s'agit moins d'empêcher l'affranchissement que de suppléer à la prudence dont un maître trop jeune pourrait manquer, et l'on croit y suppléer suffisamment par celle du conseil. Le motif légitime n'est donc pas ici le motif vrai, mais le motif approuvé. (*Voyez* toutefois le § 20, *de excusat.*, et son explication.)

§ VII.

93. L'homme à quatorze ans, et la femme à douze, sont capables de disposer de tous leurs biens par testament (V. *pr.*, *quib. mod. tut. fin.*; § 1, *quib. non est perm. fac.*); ils peuvent donc léguer tous leurs esclaves, et cependant la loi Ælia Sentia ne permettait pas qu'avant l'âge de vingt ans on pût en affranchir librement un seul. Caius en avait déjà fait la remarque (1 *inst.* 40), sans paraître aucunement surpris d'un résultat que Justinien déclare absolument inadmissible (*non ferendum*), mais qui n'a rien de déraisonnable. Effectivement, l'aliénation et la transmission d'un esclave n'ont rien de commun avec son affranchissement. Tant que les esclaves restent esclaves, il est indifférent pour l'ordre public qu'ils passent de la puissance d'un maître sous la puissance d'un autre ; mais, lorsqu'ils deviennent libres et citoyens, l'intérêt de l'État exige qu'on ne leur confère pas légèrement des droits aussi importans.

Justinien, qui trouve une contradiction évidente entre la faculté de léguer ses esclaves et la défense de les affranchir, signale cette prétendue contradiction. Sans

la faire cesser : il prend ici un terme moyen, en permettant d'affranchir par testament et à l'âge de dix-sept ans seulement, des esclaves que l'on pourrait léguer à quatorze ou même à douze ans. La liberté, dit Justinien, est d'un prix inestimable ; elle l'est effectivement pour celui qui la reçoit ; mais pour le maître qui la donne, elle équivaut au prix que produirait la vente de l'esclave.

94. Dans la suite, l'empereur, plus conséquent à lui-même, a permis d'affranchir par testament dès que l'on pourrait tester (*Nov.* 119, *cap.* 2), sans rien changer du reste aux affranchissemens entre vifs. A cet égard, les mineurs de vingt ans restent dans la même prohibition.

TITRE VII.

DE L'ABROGATION DE LA LOI FUSIA CANINIA.

95. La loi Fusia Caninia, portée l'an de Rome 761, sous le consulat de Fusius, ou Furius Camillus, ne s'occupait point des manumissions entre vifs ; elle limitait seulement les manumissions testamentaires, en fixant, d'après le nombre des esclaves appartenant au testateur, le nombre de ceux qu'il pouvait affranchir. (V. *Ulp.* 1, *reg.* 24 ; *Caius*, 1 *inst.* 42 *et seq.*) Cette latitude laissée d'un côté, et cette restriction mise de l'autre, sont considérées par Justinien comme une injustice suffisante pour motiver l'abrogation de la loi Fusia Caninia (*text. hic* ; V. *C. un., eod.*). Cependant on est souvent obligé de défendre à un testateur ce qu'on permettrait sans danger à l'homme qui se dépouille de son vivant ; car le premier donne plus facilement que le second, et souvent les testateurs libéraient tous leurs esclaves par une générosité peu coûteuse pour eux, mais très-nuisible à l'État, qu'elle inondait d'une foule d'affranchis indignes du titre de citoyens (505).

96. Au temps d'Auguste, la crainte d'un pareil abus avait produit plusieurs lois restrictives des manumissions ; le titre de citoyen paraissait alors trop précieux pour être prodigué selon le caprice des maîtres. Justinien, ainsi que nous l'avons dit, agit dans un esprit tout différent ; il facilite les affranchissemens, favorise les affranchis, les élève tous au droit de cité, et même au titre d'ingénus (79).

97. La même loi Fusia Caninia voulait que chaque esclave fût affranchi nominativement. Elle est également abrogée sous ce rapport (720 ; § 25, *de legat.* ; *Ulp.* 1, *reg.* 25).

Nous trouverons ailleurs une autre prohibition établie pour un cas spécial par la loi Julia. (V. *pr.*, *de hered. inst.*)

TITRE VIII.

DE CEUX QUI DÉPENDENT OU D'EUX-MÊMES OU D'AUTRUI.

98. Après la division principale des personnes en libres et esclaves, on a subdivisé les premières en ingénus et affranchis. Maintenant se présente une division nouvelle, absolument indépendante de la première ; et cependant on n'a pas distingué les citoyens romains d'avec les étrangers, bien que cette distinction ne soit elle-même qu'une subdivision des hommes libres, et par conséquent une dépendance de la division première. Ce silence peut s'expliquer.

99. Le titre de citoyen romain, et les droits de cité qui en dépendent, n'ont appartenu d'abord qu'aux habitans de la ville ou de son territoire ; et la cité romaine ne s'étendait pas, à beaucoup près, aussi loin que l'empire et la domination du peuple romain. Dans la suite cependant le droit de cité fut accordé à des particuliers établis hors du territoire de Rome, et même à des villes entières. Enfin Caracalla déclara le titre de citoyen romain commun à tous les sujets de l'empire. En vertu d'une constitution de ce prince, *in orbe romano qui sunt*, dit Ulpien (*fr.* 17, *de stat. hom.*), *cives romani effecti sunt.* Toutefois cette concession ne s'appliquait qu'aux ingénus ; car pour les affranchis, on avait continué de distinguer parmi eux des citoyens, des Latins et des déditices. Justinien, qui abolit enfin cette distinction, est donc réellement le premier qui ait rendu commun à tous les sujets libres de l'empire le titre de citoyen. Dès ce moment ils ne formèrent plus entre eux qu'une même cité, et n'eurent qu'un seul droit civil.

100. Dans l'origine, il n'en était pas ainsi : plusieurs peuples ajoutés à l'empire

continuaient à former des cités distinctes de la cité romaine et régies chacune par un droit dont une partie leur était propre, tandis que l'autre se composait de règles communes et généralement observées *in orbe romano*. Tel est le signe auquel les jurisconsultes romains distinguaient le droit des gens ou le droit naturel d'avec le droit civil. Ainsi, par exemple, ils considéraient les puissances dominicale et paternelle comme appartenant l'une au droit des gens, et l'autre au droit civil, parce qu'ils voyaient la première établie dans les autres cités de l'empire avec les mêmes effets; tandis que la puissance paternelle avait, pour les citoyens romains, un caractère qu'on ne lui trouvait point ailleurs. (V. § 1, *h. t.*; § 2, *de patr. potest.*) C'est dans le même sens que la tutelle des impubères est une institution du droit naturel (§ 6, *de atil. tut.*), à la différence d'une autre tutelle, qui, d'après le droit civil romain, se prolongeait sur les femmes, même après l'âge de puberté. (V. *Caius*, 1 *inst.* 52, 55, 183, 189 *et* 193; 3 *inst.* 93, 132 *et* 133.)

101. Pour appliquer le droit civil, il fallait donc distinguer, parmi les personnes, celles qui appartenaient ou non à la cité romaine, et par conséquent subdiviser les hommes libres en citoyens d'une part, et en PEREGRINI d'autre part; je dirais en citoyens et en étrangers, si je ne craignais pas l'acception trop étendue dont le mot *étranger* paraît susceptible. Ou pourrait croire qu'il comprend ici des peuples absolument étrangers à l'empire et à sa législation, peuples qui n'étaient connus à Rome que sous le titre de Barbares (*Barbari*, *barbaricæ gentes*; V. *proœm.*, *pr. et* § 1), tandis que les *Peregrini* faisaient tous partie de l'empire, et ne pouvaient être considérés comme étrangers que par opposition aux citoyens, en ce sens seulement qu'ils étaient hors de la cité romaine, et ne participaient à d'autres droits civils que ceux dont la jouissance était quelquefois accordée avec plus ou moins d'étendue à certaines classes de *peregrini*.

Ils se subdivisaient, sous ce rapport, en Latins, Italiens et provinciaux. Ces distinctions ayant été supprimées, entre les ingénus par Caracalla, et entre les affranchis par Justinien, on ne doit plus trouver dans les Institutes de ce dernier aucune subdivision relative aux droits de cité, puisque la liberté devenait désormais inséparable du titre de citoyen romain. (V. § 3, *in fin.*, *de libert.*; V. *Pothier, pand. just. l. V*, 9.)

PR.

102. La division dont va s'occuper Justinien n'a plus rien de commun avec celle qui précède. Il s'agit ici des droits de famille.

103. Ulpien (*fr.* 195, § 2, *de verb. signif.*) nous apprend que le mot famille désigne une corporation, dont on distingue deux espèces : la famille proprement dite, la seule que nous ayons besoin de connaître pour le moment, se compose de plusieurs individus réunis sous la puissance d'un seul; ici famille et maison (*domus*) sont synonymes. Dans chaque maison il existe toujours un maître, un propriétaire unique, c'est le *pater familias*, celui *qui in domo dominium habet*; et quand même il n'aurait par le fait aucune personne soumise à sa puissance, par cela seul qu'il est propriétaire, maître de maison, il est père de famille; car ce titre est absolument indépendant du fait de la paternité; *non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus*, dit Ulpien. On peut en effet se trouver père de famille en naissant, il suffit pour cela de n'appartenir à la famille d'aucun autre, fût-on seul de la sienne.

Indépendamment du chef ou maître, il peut exister dans la maison plusieurs autres individus, tous essentiellement soumis au père de famille.

104. De là vient la distinction des personnes *sui juris* ou *alieni juris*. Dans chaque famille, le chef, le maître de la maison, le *pater familias* est *sui juris*; toutes les autres personnes sont *alieni juris*, parce qu'elles dépendent du chef qui a sur elles la puissance dominicale ou la puissance paternelle.

Justinien s'occupe, dans ce titre, de la puissance dominicale et de ses effets.

§ Ier.

105. Nous avons vu plus haut (55) l'origine du pouvoir absolu que le droit des gens accorde au maître sur ses esclaves; ajoutons ici que, par rapport à son maître, l'esclave est moins considéré comme une personne que comme une chose dont le

propriétaire peut disposer sans restriction, et dont il peut, à plus forte raison, tirer tous les profits possibles. De là vient que l'esclave n'a et ne peut rien avoir à soi, et que tout ce qu'il acquiert appartient à son maître. (V. § 3, *per quas pers.*)

§ II.

106. Le droit de vie et de mort que le maître avait sur ses esclaves dut être modifié, et le fut en effet par Antonin-le-Pieux.

107. Quiconque fait périr son esclave sans motif légitime est déclaré homicide, et puni comme tel. Le texte dit que l'on sera puni, dans ce cas, comme si l'on avait tué l'esclave d'autrui (*non minus, etc.*); mais le meurtre d'un esclave et celui d'un homme libre sont punis de la même peine sans distinction. (*Marcian. fr.* 1, § 2, *ad leg. cornel. de sicar.*)

108. Sans ôter au maître le droit de correction, Antonin voulut aussi empêcher (*major asperitas*) les mauvais traitemens(1). A cet effet, les magistrats doivent informer sur la plainte des esclaves, et lorsqu'elle se trouve fondée, contraindre leur maître à les vendre *bonis conditionibus*, c'est-à-dire sous des conditions avantageuses pour lui et pour eux. Ainsi le maître n'est pas forcé de vendre au dessous de la juste valeur; mais il ne peut pas non plus imposer à l'acheteur des obligations préjudiciables aux esclaves, comme celle de ne pas les affranchir, de les tenir aux fers, de les transférer dans un climat trop rigoureux, etc. (V. *Theoph. hic.*)

109. Nul n'est obligé de céder, même à juste prix, une propriété qu'il voudrait conserver. (*Paul. fr.* 9, *de act. rer. amot.*) L'empereur reconnaît lui-même que chacun dispose à son gré de ce qui lui appartient, et que la puissance du maître sur ses esclaves doit rester intacte (*illibatum*); mais ce n'est pas entamer le droit de propriété que de le renfermer dans de justes bornes; car le droit de propriété, loin d'être entièrement illimité, reste toujours subordonné à l'intérêt général, que nul ne peut blesser, même en disposant de sa chose; or cet intérêt est toujours lésé par le mauvais usage qui se ferait d'une chose quelconque, et à plus forte raison lorsqu'un maître violerait envers son esclave toutes les lois de l'humanité.

110. Déjà la loi Pétronia, portée en 814, et plusieurs sénatus-consultes postérieurs avaient prévenu certains abus de la puissance dominicale; mais la constitution d'Antonin est beaucoup plus étendue : non seulement il ne fut plus permis de tuer ni de maltraiter les esclaves, mais cela ne resta permis à personne dans l'empire; c'est-à-dire qu'Antonin établit non pas une simple prohibition de droit civil applicable aux citoyens romains seulement, mais une règle commune à tous les sujets de l'empire, une règle qui par conséquent appartenait au droit des gens dans le sens de la distinction supprimée par Caracalla et Justinien (2).

La constitution d'Antonin offre ici l'exemple d'un rescrit, dans lequel le prince ne rend qu'une décision hypothétique, subordonnée à l'existence d'un fait dont il laisse l'examen au magistrat.

TITRE IX.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

111. Indépendamment de la puissance dominicale que tout individu *sui juris* a sur les esclaves qui lui appartiennent, les mâles *sui juris* peuvent avoir sous leur puissance plusieurs personnes libres qui composent la famille proprement dite, *plures personas sub unius potestate*. (*Ulp. fr.* 195, § 2, *de verb. signif.*) Ces personnes sont *alieni juris*, comme les esclaves, et comme eux soumis à la dépendance du chef *qui in domo dominium habet*; mais à leur égard, ce chef n'est pas seulement un maître, un propriétaire, c'est un père; et ce titre ne désigne le chef de la famille que pour l'unir plus étroitement aux enfans sur lesquels il exerce la puissance paternelle. Ils sont dans sa famille, et il est comme eux de la famille (*Caius, fr.* 196, *eod.*); aussi n'oppose-t-on pas simplement le père aux enfans, mais le père de famille (*pater familias*) aux fils de

(1) *Voyez* à cet égard une constitution de Constantin, qui forme seule un titre du Code *de emend. serv.*

(2) *Neque civibus romanis nec ullis aliis hominibus qui sub imperio populi romani sunt*, dit Caius (1 *inst.* 553); Justinien, n'ayant plus que des citoyens romains sous son empire, ne pouvait conserver la phrase de Caius. Il a mis : *Nullis hominibus qui sub imperio nostro sunt.*

famille (*filii familias*), pour indiquer que tout rapport entre eux dérive nécessairement ici de leur union dans une seule et même famille, entre les membres de laquelle les titres de père et de fils établissent ensuite une distinction subsidiaire, moins pour dépouiller chaque enfant de ses droits, que pour confier au chef ou maître le libre exercice des droits de toute la famille. (V. *Paul. fr.* 11, *de liber. et post*; *V.* aussi l'explication du titre *de exhered.*, et celle du § 2, *de hered. qual.*)

112. Les enfans n'appartiennent jamais à la famille maternelle, et conséquemment ne peuvent se trouver soumis ni à la puissance d'une mère *sui juris*, ni à celle des ascendans maternels dont leur mère dépendrait : les enfans, quels qu'ils soient, ne sont fils de famille que dans la famille paternelle ; ceux qui n'ont point de père, ou qui ne naissent point dans sa famille, sont indépendans, *sui juris*, et pères de famille, même en naissant. Une femme peut être *alieni* ou *sui juris*, mais dans ce dernier cas elle est toujours seule de sa famille, *familiæ suæ et caput et finis*, dit Ulpien (*fr.* 195, § 5, *de verb. sign.*; V. *fr.* 4, *de his qui sui*).

§ II.

113. La puissance paternelle est du droit civil, en ce sens qu'elle est particulière aux citoyens romains (*proprium civium romanorum*), qu'eux seuls peuvent l'exercer et y être soumis. Cette puissance, illimitée dans sa durée, ne reçoit aucune modification ni par l'âge ni par le mariage des enfans ; tant qu'ils restent dans la famille paternelle, ils y sont, comme l'esclave, la chose du père ; et celui-ci disposait en maître absolu de la personne du fils de famille et de toutes ses acquisitions.

114. La loi des Douze-Tables avait reconnu au père de famille le droit de vie et de mort sur les enfans soumis à sa puissance. Elle lui permettait aussi de les vendre ; mais en usant de ce droit sur une fille ou sur les enfans du second degré, quel que fût leur sexe, le père épuisait sa puissance. Il en était autrement du fils : s'il venait à être affranchi par l'acheteur, il rentrait aussitôt dans la famille et sous la puissance du père qui l'avait vendu. Une seconde aliénation, suivie d'un second affranchissement, aurait eu le même effet ; car le père n'épuisait son autorité sur le fils que par une troisième vente. Telle est la disposition de la loi des Douze-Tables : SI PATER FILIUM TER VENUM DUIT, FILIUS A PATRE LIBER ESTO (*Ulp.* 10 *reg.* 1 ; *Caius*, 1 *inst.* 132).

115. Toutefois le père n'a jamais pu priver ses enfans de la liberté : mais fictivement, sans les faire tomber en servitude ; ils se trouvaient alors *in causa mancipi*, *servorum loco*, sans être réellement esclaves (V. *Caius*, 1 *inst.* 138 ; 2 *inst.* 160) ; et de là résultait pour l'acheteur un droit qui, sans constituer une puissance proprement dite comme la puissance paternelle et la puissance dominicale, se rapprochait beaucoup de cette dernière, et se dissolvait comme elle par la manumission. (174, 201, 245.)

116. Quant aux aliénations sérieuses qu'un père aurait faites de ses enfans, Dioclétien et Maximien (*C.* 1, *de patre qui fil.*) les déclarent incontestablement nulles. On ne les trouve tolérées, du moins sous les empereurs, que dans le cas d'une extrême misère ; et dans ce cas même, Constantin ne permet de vendre les enfans qu'à l'instant de leur naissance. L'enfant ainsi vendu par son père reste ingénu et se trouve seulement *in servitute*, sans être esclave. Il peut se dispenser de servir l'acheteur en lui donnant ou un esclave, ou une somme égale à la valeur de ses services. (V. *Paul.* 5 *sent.* 1, *Constant. C.* 2, *de patr. qui fil.*)

117. Le droit de vie et de mort n'a jamais autorisé un père à devenir l'ennemi et l'assassin de sa propre famille. Le pouvoir qu'il exerçait dans sa maison était bien moins celui d'un despote capricieux et arbitraire que celui d'un magistrat souverain ; et l'on ne pensait pas que les enfans pussent redouter cette juridiction dans un père. (V. *Marcian. fr.* 5, *ad leg. pomp.*) Toutefois ce droit fut considérablement restreint : le père de famille qui a des sujets de mécontentement peut employer les voies de correction, et même, en cas de persévérance, faire infliger par les magistrats telle punition qu'il croira convenable (*Alex. C.* 3, *de patr. pot.*) ; mais la peine de mort ne peut être prononcée contre le fils de famille qu'après qu'il a été entendu, et seulement par le magistrat auprès duquel le père doit se porter accusateur. C'est Ulpien qui nous l'apprend (*fr.* 2, *ad leg. cornel. de sic.*) ; et Constantin soumet aux peines

du parricide le meurtrier de ses propres enfans. (*C. de his qui par.*; *V.* § 6, *de publ. jud.*)

Le principe qui déclarait le père seul propriétaire de la famille a pareillement éprouvé, pour les acquisitions faites par les enfans, des modifications dont nous parlerons (516, 556) au second livre.

118. La puissance paternelle, qui semble n'exister que dans l'intérêt du père, n'était cependant pas sans avantages réels pour les fils de famille. Les droits les plus importans pour eux en étaient la conséquence, puisque c'est du lien de famille que dépendaient presque toutes les successions. Il importe donc beaucoup de savoir comment se compose une famille, ou, ce qui revient au même, sur quelles personnes s'étend la puissance paternelle.

PR.

119. Un père de famille a sous sa puissance, non pas tous les enfans qui lui seraient nés d'une union ou même d'un mariage quelconque, mais seulement les enfans issus *ex justis nuptiis*, c'est-à-dire d'un mariage soumis par le droit civil à des règles particulières, ainsi que nous aurons occasion de l'expliquer sur le § 1.

§ III.

Les enfans d'un semblable mariage appartiennent, ainsi que nous l'avons dit plus haut, à la famille de leur père, et y sont soumis au chef, c'est-à-dire à leur père même, lorsqu'il est *sui juris*; si non, au *pater familias*, et par exemple à l'aïeul dont leur père dépend lui-même, lorsque ce dernier est *filius familias*. (*V.* § 11, *de adopt.*)

120. En effet, la puissance du père de famille s'étend à tous les enfans nés de lui et de son épouse (*ex te et uxore tuâ*), et à tous les petits-enfans ou descendans ultérieurs nés d'un fils de famille et de l'épouse de ce dernier (*ex filio tuo et uxore ejus*). Quant aux enfans de la fille, ils ne sont jamais sous la puissance de l'aïeul dont leur mère pourrait dépendre, parce que, suivant ce qu'on a déjà dit, ils ne peuvent appartenir qu'à la famille de leur père, et jamais à la famille maternelle. (*Text hic*; V. *Caius*, *fr.* 196, *de verb. signif.*)

§ I.

121. Il s'agit toujours, dans tout ce qui précède, des enfans nés *ex justis nuptiis*, de ceux qu'un citoyen romain aurait eus *ex uxore*: à cet égard, il importe de savoir que l'union des père et mère pourrait avoir été permise et même autorisée par les lois, qu'elle aurait pu former un véritable mariage, sans attribuer à la femme le titre d'*uxor*, et sans produire pour elle ou pour les enfans l'effet du mariage qu'on appelle ici *nuptiæ* ou *matrimonium*.

« Les citoyens romains, dit Pothier (*contrat de mariage*, n° 6), pouvaient contracter deux différentes espèces de mariage : on appelait l'un *justæ nuptiæ*, et l'autre *concubinatus*. » Le premier, soumis par le droit civil à des règles spéciales, avait aussi des effets particuliers : il donnait aux conjoints les titres respectifs de *vir* et *uxor*; il déterminait la condition des enfans d'après celle que le père avait à l'époque de leur conception ; enfin il les plaçait dans sa famille et sous sa puissance paternelle. « Le *concubinatus*, dit encore Pothier (*ibid.* 7), était aussi un véritable mariage; il était expressément permis par les lois (*L.* 3, § 1, *C. de concub.*). » Mais ce mariage, uniquement réglé par le droit des gens, ne produisait, même entre citoyens romains, aucun effet civil. La femme n'avait pas les droits attachés au titre d'*uxor*; et les enfans suivaient la condition de leur mère, sans être jamais ni dans la famille, ni sous la puissance paternelle.

122. Cependant ils avaient un père connu et déterminé comme les enfans nés *ex justis nuptiis*. On ne doit donc pas les confondre avec les fruits d'un commerce illicite, qu'une paternité incertaine fait considérer comme n'ayant aucun père, *spurii*; toutefois la loi civile n'établissait entre les enfans nés du concubinat et leur père aucun lien de famille ou de puissance; ils suivaient la condition maternelle, et sous ce rapport, mais sous ce rapport seulement (*quantum ad patriam potestatem attinet*, § 12, *de nupt.*), ils se trouvaient assimilés aux bâtards (*spurii vulgo concepti*). Du reste ayant un père certain ils obtenaient, sans être dans sa famille, des avantages qui ne pouvaient jamais appartenir à l'enfant *vulgo conceptus*: de là, relativement au père, une distinction remarquable, entre les enfans qui sont ou légitimes (*justi liberi*) ou naturels (*liberi*

naturales), suivant qu'ils sont ou ne sont pas dans sa famille ; et, comme les enfans n'appartiennent jamais à la famille de leur mère, on ne fait, relativement à elle, aucune distinction, parce que la maternité est également certaine pour tous les enfans. Aussi les femmes n'ont que des enfans naturels, comme nous le démontrerons (364, 369, 870, 871) sur le § 13 *de nupt.*, et sur le § 3 *de Sc. Orphit.*)

123. Les noces (*nuptiæ*), autrement dites *matrimonium* (1), forment une union indivisible (*individuam vitæ consuetudinem*), en ce sens que les époux vivent dans une parfaite égalité de condition, partagent le même sort, et sont réciproquement assimilés quant au droit divin et humain (V. *Modest. fr.* 1, *de rit. nupt.*). La femme à laquelle on donne le titre d'épouse est une compagne que le mari associe au culte qu'il exerce, et au rang qu'il occupe dans la vie civile ; *socia*, dit Gordien *rei humanæ atque divinæ domus suscipitur* (*C.* 4, *de crim. expil. hered.*). C'est en cela surtout que les noces diffèrent du *concubinatus*, mariage dans lequel l'homme prend une femme sans se donner une épouse, sans l'élever jusqu'à lui, et s'unit à elle en lui accordant une affection égale peut-être, mais moins honorable ; en un mot, sans avoir pour elle l'affection maritale, *non affectione maritali* (V. § 2, *de hered. quæ ab intest.*). Effectivement, l'affection maritale de l'homme pour la femme, les honneurs conjugaux accordés à celle-ci, sont les seuls moyens de distinguer les noces d'avec le concubinat (*Paul.* 2 *sent.* 20 ; *fr.* 4, *de concub.*). C'est par la manière dont les conjoints ont vécu ensemble, et par l'égalité de leur condition respective, qu'il faut apprécier leur intention, et juger s'ils ont voulu s'unir comme époux ou comme simples concubins (2).

124. Jusqu'ici nous avons supposé que dans la définition des noces le mot *individua* désigne un lien indivisible, en ce sens qu'il ne laisse subsister entre les conjoints aucune inégalité : d'autres voient dans ce mot l'indication d'un lien indissoluble. Vinnius admet l'une et l'autre significations ; mais il faut observer que la dernière ne serait plus un caractère distinctif du *matrimonium*. Les noces et le concubinat sont deux espèces de mariage également indissolubles en ce sens que, dans l'un et l'autre cas, « l'homme et la femme contractaient » ensemble une union qu'ils avaient intention de conserver toujours jusqu'à la mort » de l'un d'eux. » (*Pothier, Contrat de mariage*, n° 7.) Effectivement, on ne prend ni une épouse, ni une concubine pour un temps limité ; et les noces, comme le concubinat, quoique susceptibles d'être accidentellement dissoutes par des causes postérieures à leur formation, ne peuvent pas cesser de plein droit à l'expiration d'un temps limité par avance. (V. *Pothier, pand. just.* XXV, VII, 3 ; *tot. tit.*, *de divort. et rep.*)

125. Quoique dépourvu d'effets civils, le concubinat étant un véritable mariage (3) aura nécessairement plusieurs règles communes avec les noces. Indissoluble comme elles, sans être indivisible, il aura tous les caractères que le mariage tient du droit naturel. Ainsi, lorsque pour exclure la *polygamie* et la *polyandrie* on dira que les noces sont l'union d'un homme et d'une femme (*viri et mulieris*) au singulier, on ne dira rien qui ne soit également vrai du concubinat, car nul ne peut avoir en même temps ni deux concubines, ni une épouse et une concubine (*Paul.* 2 *sent.* 20). Pareillement, lorsqu'en parlant de deux personnes de différent sexe on dira que les noces se forment entre elles par leur union (*conjunctio*, *text. hic* ; *qui coeunt.*, *pr. de nupt.*), et lorsqu'on ajoutera que cette union résulte du concours des volontés, du consentement qui forme les noces avant toute consommation ou cohabitation (*Pomp.*, *Ulp. et Paul. fr.* 5, 6 et 7, *de rit. nupt.* ; *fr.* 30, *de reg. jur.*), on ne dira rien qui ne soit

(1) Plusieurs textes d'Ulpien (5 *reg.* 1 *et* 2 ; *fr.* 3 ; *fr.* 39, § 1, *de jur. dot.*) se joignent à celui des Institutes pour démontrer la synonymie des mots *nuptiæ* et *matrimonium*.

(2) *Voyez* Papinien (*fr.* 31, *de donat.*). Une femme ingénue et de bonne vie est présumée *uxor* ; il faudrait prouver par un acte formel qu'elle a entendu se marier comme concubine plutôt que comme épouse (*Marcian. fr.* 3, *de concub.*) ; mais lorsqu'il s'agit d'une femme de mauvaise vie, ou d'une femme qu'il serait défendu de prendre pour épouse, on est présumé l'avoir prise pour concubine. (V. *Florent. fr.* 24, *de rit. nupt.* ; *Pothier, pand. just.* XXV, VII, 2 et 4.)

(3) « Lorsqu'un homme qui n'était pas marié prenait pour concubine une femme avec qui le droit naturel ne lui défendait pas de s'unir, cette union qu'il contractait avec elle était une union qui était permise, » non seulement par la loi civile, comme nous l'avons » vu, mais qui l'était pareillement par l'église ; et qui, » par conséquent, lorsqu'elle était contractée entre des » fidèles, était élevée à la dignité de sacrement. » (*Pothier, Contrat de mariage*, n° 8.)

également vrai pour toute espèce de mariage, et conséquemment pour le concubinat.

Mais lorsqu'il s'agira, comme dans ce titre, des droits de famille, de la puissance du père et de l'état des enfans, alors il faudra soigneusement distinguer s'ils ont été conçus *ex justis nuptiis* ; et pour le savoir, il faudra examiner si le mariage des père et mère réunit toutes les conditions requises par le droit civil.

TITRE X.

DES NOCES.

PR.

126. Les noces se forment entre citoyens romains lorsqu'ils s'unissent (*secundum præcepta legum*) conformément aux règles établies par les lois civiles, c'est-à-dire, lorsqu'un homme pubère et une femme (*viri potens*) en âge de concevoir, s'unissent avec le consentement des personnes dont elles dépendent. Voici donc, d'après le texte même, trois conditions indispensables pour l'existence des noces, et relatives, 1° au droit de cité ou au titre de citoyen romain dont les contractans doivent jouir ; 2° de leur puberté ; 3° au consentement que certaines personnes doivent joindre à celui des contractans. Examinons chacune de ces conditions en particulier :

127. Les noces étant un mariage civil, ne pouvaient exister qu'entre citoyens romains. Cependant les *peregrini*, et surtout les Latins, obtenaient quelquefois le *jus connubii* alors les enfans suivaient constamment la condition du père (*Caius*, 1 *Inst.* 56, 57, 67, 80), et dans le cas où celui-ci aurait été citoyen romain, ses enfans, citoyens comme lui, naissaient sous sa puissance comme fils de famille (1). Sous Justinien, toute personne libre est en même temps citoyen romain ; les esclaves sont donc les seules personnes de l'empire qui ne jouissent pas du droit civil, et ne peuvent pas contracter *justas nuptias*.

128. Les citoyens romains ne le pouvaient eux-mêmes qu'à l'âge de puberté, c'est-à-dire, comme nous le verrons plus loin (263), lorsqu'ils ont accompli, l'homme sa quatorzième année et la femme sa douzième. Cette époque est celle d'un changement important dans la capacité des personnes. C'est alors qu'elles acquièrent la faculté d'aliéner, de tester et de contracter valablement. (V. § 2, *quib. alien.* ; § 1, *quib. non est perm.*; § 9 et 10, *de inutil. stipul.*) A l'égard des noces, une raison particulière semble se joindre à la règle générale pour faire de la puberté une condition indispensable ; car les impubères, incapables d'engendrer, ne peuvent remplir le but primitif du mariage : cependant il importe d'observer que le mariage d'un impuissant produit tous les effets civils des justes noces ; on n'excepte de cette règle que les castrats. (187 ; V. *Ulp. fr.* 39, *de jur. dot.* ; § 9, *de adopt.*)

129. Quant au consentement, on exige celui des contractans et celui de l'ascendant à la puissance de qui chacune des parties se trouve soumise (*quorum in potestate sunt*) ; on exige même le consentement de tous ceux en la puissance de qui pourront se trouver un jour les enfans à naître du mariage. (*Paul. fr.* 2 ; *fr.* 16, § 1, *de rit. nupt.*) Cette nécessité d'obtenir le consentement des ascendans dérive, si l'on en croit Justinien, du droit naturel et du droit civil (*nam hoc fieri, etc.*) ; toutefois on ne considère réellement à l'égard des noces que les effets civils de la puissance paternelle, sans s'arrêter aux devoirs et aux respects que l'enfant doit naturellement à tout ascendant. Aussi le consentement qu'on exige ici n'est-il ni celui de la mère ni celui des ascendans maternels. Le père et les ascendans paternels ont seuls besoin de consentir, et leur consentement même n'est jamais nécessaire aux enfans que lorsque ces derniers sont fils de famille (2). Il faut donc

(1) V. *Caius*, 1 *inst.* 76. Dans le cas où le père était étranger, les enfans l'étaient également, quoique la mère fût *civis romana*, parce que le droit civil, en déterminant la condition des enfans par celle du père, rend celle de la mère absolument indifférente. (*Caius*, *ibid.* 76, 77.) Il en était autrement du mariage contracté entre deux personnes à qui le droit civil n'accordait pas *jus connubii* : dans ce cas, la condition des enfans, réglée par le droit des gens, suivait toujours celle de la mère, lorsqu'il n'était dérogé à ce principe par aucune loi spéciale. (*Caius*, *ibid.* 78, 83, 86 ; V. *Ulp.* 5 *reg.* 8.)

(2) Le consentement du père n'avait jamais été requis pour le mariage des enfans *sui juris*, par exemple des émancipés (*Modest. fr.* 25, *de rit. nupt.*; *Gordian.* *C.* 8, *h. t.*), ni celui de la mère pour personne, lorsque Valentinien, Valens et Gratien exigèrent les premiers que la fille mineure, quoique *sui juris*, obtînt le consentement de son père ; et, quand elle n'a plus de père, le consentement de sa mère et des proches. (*C.* 18 *et* 20, *h. t.*)

remonter aux principes constitutifs de la famille civile.

Les fils de famille, quel que soit leur âge ou leur sexe, et quel que soit le degré qu'ils occupent dans la famille, ne sont pas maîtres d'eux-mêmes : ils ne peuvent donc s'engager par justes noces sans l'agrément du chef de famille ; car, bien que celui-ci ne puisse pas forcer les enfans qu'il a sous sa puissance à garder un célibat absolu, il peut cependant empêcher le mariage qu'ils voudraient contracter avec telle ou telle personne. (V. *Marcian. fr.* 19, *de rit. nupt.*)

Si la volonté du père de famille est toujours indispensable au mariage des enfans soumis à sa puissance, elle ne suffit pas toujours au mariage de tous. Le petit-fils soumis à la puissance de l'aïeul doit joindre au consentement de ce dernier le consentement de son père, lorsque celui-ci existe encore dans la famille. En effet, au décès de l'aïeul, le père doit avoir sous sa puissance non-seulement le futur époux, mais encore avec lui et à cause de lui les enfans à naître du mariage : or nul ne doit se trouver dans la famille et sous la puissance d'une personne, malgré elle (V. § 7, *de adopt.*). Pour qu'il n'en soit pas ainsi, il faut donc que les petits-fils, soumis ainsi que leur père à la puissance d'un aïeul, ne se marient ni malgré l'aïeul dont ils dépendent, ni malgré le père dont par suite ils doivent naturellement dépendre, eux et les enfans à naître de leur mariage. Les mêmes raisons ne s'appliquent point à la petite-fille ; car bien qu'elle doive aussi retomber de la puissance de son aïeul sous la puissance de son père, elle y retombera toujours seule et sans aucune postérité, puisque ses enfans ne peuvent appartenir qu'à la famille de son mari. Aussi les petites-filles, à la différence des petits-fils, n'ont-elles pas d'autre consentement à obtenir que celui du chef de la famille dont elles dépendent. (*Paul. fr.* 16, § 1, *de rit. nupt.*)

Ainsi, en résumé et comme nous l'avons dit précédemment, les personnes qui doivent consentir aux noces sont les futurs époux, le chef de la famille à laquelle chacun d'eux appartient, et les ascendans sous la puissance de qui peuvent retomber les enfans à naître.

130. Si les personnes dont le consentement est nécessaire n'ont pas toutes consenti, les noces que l'on aurait prétendu contracter n'ont aucune existence (*consistere non possunt*), dit Paul (*fr.* 2, *eod.*) ; elles ne commencent à valoir qu'à l'époque où le consentement de tous a été obtenu, sans aucune ratification rétroactive. En effet, quoique prétende Heineccius (*elem. jur.* 150), on ne ratifie pas ce qui n'a jamais existé, ce qui est entièrement nul : aussi Justinien déclare-t-il expressément que le consentement des ascendans doit précéder l'existence des noces (*jussus parentum præcedere debeat*). Le sens du mot *jussus*, déterminé ici par celui du verbe *præcedere*, indique le consentement à une chose future, par opposition au consentement qui confirme, ratifie ou approuve une chose déjà existante (*Vinnius, hic*). Au reste, il ne faut pas conclure de cette expression *jussus*, que les fils de famille aient besoin d'un ordre formel, ni même d'un consentement exprès; car lorsque le père, sachant que ses enfans se marient et avec qui ils se marient, ne s'oppose point au mariage dont il a connaissance, son silence annonce un consentement réel, quoique tacite, qui suffit pour la validité des noces. (*Alexand. C.* 5, *h. t.*)

131. Quelquefois même on se contente du consentement présumé que le père de famille donnerait probablement au mariage s'il en avait connaissance ; ainsi, après trois ans de captivité ou de disparition de l'ascendant, rien n'empêche les fils de famille de l'un ou l'autre sexe de contracter un mariage sortable que le père serait certainement dans le cas de ne pas désapprouver. (V. *Ulp., Paul., Julian. fr.* 9, § 1, *fr.* 10 *et* 11, *de rit. nupt.*)

Il arrive alors qu'au retour de l'absent ou du captif les enfans de ses fils se trouvent sous sa puissance, et s'y trouvent en quelque sorte malgré lui ; mais l'intérêt public veut que l'on facilite les mariages, et si l'ascendant n'a point approuvé les noces qu'il ignore, on peut dire au moins qu'il ne les a pas désapprouvées. (*Triph. fr.* 12, § 3, *de capt.*)

132. La même faveur paraissait applicable aux enfans d'un homme attaqué de démence ou de folie. Adrien l'avait décidé pour le cas de démence, et sa décision avait été étendue aux filles d'un fou. Mais l'application souffrait encore difficulté pour le fils, à cause des enfans que son mariage

peut introduire dans la famille (1). Justinien tranche cette difficulté, et veut qu'il en soit du fils comme de la fille. L'un et l'autre pourront se marier d'après le mode établi dans une des constitutions de l'empereur, c'est-à-dire en prenant l'avis soit du préfet de la ville de Rome, soit des gouverneurs de provinces ou des évêques tant sur la personne que sur la fixation de la dot et de la donation à cause de noces, lesquelles doivent être fournies sur les biens du père par son curateur, après avoir été réglées devant lui et devant les plus considérables parmi les parens du père. (V. *C.* 28, *de episc. aud.*; *C.* 25, *h. t.*)

133. Les distinctions dont on vient de parler relativement au consentement des ascendans ne s'appliquent point à celui des parties principales. Les noces n'existent jamais sans le consentement réel des époux. Ainsi les personnes incapables d'avoir une volonté comme les fous (*Ulp. fr.* 8, *de his qui sui vel alien.*; *Paul. fr.* 16, § 2, *de rit. nupt.*), ne peuvent point se marier; et quant aux personnes capables de vouloir, elles n'ont pas une volonté suffisante lorsque le consentement qu'elles donnent est simulé, ou lorsqu'il n'est pas libre et déterminé dans son objet : effectivement il ne suffit pas de consentir à un mariage quelconque, mais au mariage avec telle ou telle personne spécifiée. (V. *Caius*, *fr.* 30; *Papinian. fr.* 34, *de rit. nupt.*; *Diocl. et Maxim. C.* 14, *h. t.*) Toutefois il faut bien distinguer du consentement arraché par violence, celui qui serait accordé par une crainte purement révérentielle. Le père de famille ne peut, en aucun cas, marier ses enfans, malgré eux (V. *Paul. fr.* 2; *Terent. fr.* 21; *de rit. nupt.*; *Diocl. et Maxim. C.* 12, *h. t.*); mais lorsqu'ils accèdent par respect aux désirs paternels, cette déférence même prouve un choix, et par conséquent une détermination qui suffit pour la validité des noces. (*Cels. fr.* 22, *de rit. nupt.*)

§ I.

134. Sans les trois conditions ci-dessus (126), le mariage civil ne peut se former entre qui que ce soit. Leur réunion rend les noces possibles, mais non pas entre tous citoyens indistinctement; car il est certaines personnes que des raisons particulières doivent nous empêcher d'épouser. A cet égard, il faut distinguer plusieurs empêchemens :

135. Le principal résulte de la parenté : la parenté se forme par le lien du sang entre les descendans d'un même auteur, ou par le lien de droit qui unit les membres d'une même famille. Dans le premier cas, la parenté est naturelle et indissoluble; dans le second cas, l'agnation ou parenté civile subsiste entre les agnats, c'est-à-dire entre les membres de la même famille tant qu'ils n'en sortent pas. (V. § 1, *de legit. agnat. tut.*; § 3 *et* 6, *de cap. dimin.*)

136. Deux parens descendent toujours d'un auteur commun, soit l'un par l'autre, comme le père et sa fille d'un même aïeul, soit l'un indépendamment de l'autre, comme un frère et sa sœur d'un même père ou d'une même mère, un cousin et sa cousine d'un même aïeul, etc., etc. Dans le premier cas, une même suite de générations forme une ligne ou parenté directe; dans le second cas, ceux qui proviennent d'un auteur commun, par une suite de générations différentes, sont entre eux parens collatéraux. Effectivement, on a comparé les parens aux personnes qui descendraient d'une hauteur par plusieurs escaliers ou échelles différentes (*Paul. fr.* 10, § 10, *de grad. et aff.*); chacun d'eux aurait directement au-dessus ou au-dessous de soi quiconque decendrait sur la même ligne, c'est-à-dire par la même échelle, et sur le côté à droite ou à gauche tous ceux qui suivraient une autre ligne : de là vient qu'on appelle collatéraux (*à latere*, § 2, *de grad. cognat.*) les parens qui descendent d'un auteur commun, sans descendre l'un de l'autre. Ainsi, toute parenté collatérale suppose toujours deux lignes, c'est-à-dire deux séries de générations qui se réunissent et se confondent dans la personne de l'auteur commun.

Deux parens directs, placés sur la même ligne, ou, si l'on veut, sur le même escalier, y occupent chacun son degré; et l'on

(1) *Voyez* cependant Ulpien (*fr.* 9, *de rit. nupt.*). Le petit-fils qui devrait avoir le consentement de son père et de son aïeul peut, lorsque l'un des deux est fou, se contenter du consentement de l'autre : dans ce cas le consentement du père fait présumer celui de l'aïeul, et réciproquement : mais Ulpien n'aurait peut-être pas décidé de même si l'ascendant fou avait été le seul qui dût consentir, ou si plusieurs ascendans qui devaient tous consentir avaient tous été fous.

compte entre eux un nombre de degrés égal au nombre de générations qui donnent des fils ou filles au père et à la mère, des petits-enfans aux aïeux, des arrière-petits-enfans aux bisaïeux, etc., etc. Ainsi entre moi et mon père, une génération, un degré; entre moi et mon aïeul, deux degrés, et ainsi de suite. D'un collatéral à l'autre, il n'y a point de génération, par conséquent point de ligne, et surtout point de degré; mais chacun d'eux descend de l'auteur commun par une ligne particulière qui a ses degrés; et la somme des degrés de l'une et l'autre lignes indique la distance entre les collatéraux.

Par exemple, deux frères ou sœurs, chacun à un degré du père commun, sont entre eux à deux degrés; l'oncle et le neveu, placés l'un au premier, l'autre au second degré de l'auteur commun, sont au troisième degré l'un de l'autre, et ainsi de suite. (V. § 1, 2, 3 *et seq.*, *de grad. cognat.*)

137. Comme on le voit par notre texte, la parenté directe empêche les noces à quelque degré que ce soit (*usque in infinitum*), même entre les individus qui, sans être véritablement ascendans ou descendans l'un de l'autre, sont considérés comme tels à cause de l'adoption qui les aurait placés dans une même famille. Cette adoption produit une parenté civile qui suffit pour empêcher les noces; et ici l'empêchement, survivant à la parenté, continue lors même qu'elle a été dissoute (*etiam dissoluta*) par l'émancipation, qui rompt le lien de famille.

§ II.

138. Entre collatéraux, la parenté établit des prohibitions moins étendues (*est quædam similis observatio, sed non tanta*). Certains collatéraux peuvent se marier; et entre ceux qui ne le peuvent pas, l'obstacle résultant de la parenté fictive qu'établit l'adoption, ne subsiste jamais plus longtemps que la parenté même.

Les collatéraux les plus proches, c'est-à-dire le frère et la sœur (§ 2, *de grad. cognat.*), sont dans l'impossibilité de se marier tant qu'ils restent frère et sœur, c'est-à-dire à perpétuité, lorsqu'ils sont nés tels; et en cela les parens naturels diffèrent de ceux qui ne seraient devenus frère et sœur que par l'effet civil d'une adoption, dont la dissolution ferait cesser l'obstacle. Ainsi la fille adoptive de mon père pourrait m'épouser, si mon père l'émancipait. Il ne serait pas même nécessaire de dissoudre l'adoption, si je n'étais pas dans la famille de mon père, ou si je venais, moi, à en sortir par émancipation: car l'adoption ne produit son effet qu'envers l'adoptant et les membres de sa famille; il suffit donc que je ne me trouve pas dans la famille de mon père, pour que mon absence empêche ou rompe toute parenté entre moi et les personnes qu'il adopte. (*Paul. fr.* 23, *de adopt.*; V. *Caius*, *fr.* 55, § 1, *de rit. nupt.*)

Par suite du même principe, un père de famille ne peut pas adopter l'époux d'un des enfans qu'il a sous sa puissance, parce que l'adopté et son conjoint se trouveraient alors de la même famille; et de là résulterait entre deux époux une fraternité incompatible avec le lien qui les unit déjà. Cependant on peut prévenir cette parenté, et l'on y parvient en émancipant celui des époux que l'on a sous sa puissance; car il suffit qu'il sorte de la famille pour que son conjoint puisse y entrer sans obstacle (*text. hic*; *Caius*, V. *fr.* 17, § 1, *eod.*).

§ III.

139. Après nos frères et sœurs viennent leurs descendans. Nous ne pouvons en épouser aucun à l'infini. En effet, notre texte qui s'occupe ici de l'oncle par rapport aux nièces, petites-nièces, etc., dit, avec raison, quand on ne peut pas épouser la fille d'une personne, on ne peut pas non plus en épouser la petite-fille (*cujus enim filiam, etc.*) parce que, entre collatéraux, celui qui se trouve au premier degré de l'auteur commun se confond avec ce dernier, et est lui-même considéré comme un ascendant pour tous les petits-enfans et autres descendans de son propre père: il ne peut donc épouser aucune des personnes comprises dans cette descendance, *quia parentum loco habetur* (§ 5, *h. t.*). Quant à la règle CUJUS ENIM FILIAM, etc., il faut éviter de la prendre dans un sens absolu, car elle se trouverait fausse si on voulait l'appliquer entre collatéraux dont chacun serait à deux degrés au moins de la souche commune: en effet, quoique je ne puisse pas épouser ma tante, fille de mon aïeul, je puis cependant épouser ma cousine, petite-fille de ce même aïeul. (V. 142; § 4, *h. t.*)

140. La parenté civile qui résulte de l'adoption produit les mêmes effets, seule-

ment il faut bien examiner entre quelles personnes elle se forme. La fille que mon père adopte passe sous sa puissance, et se trouve, quand je ne suis pas émancipé, dans la même famille que moi ; il y a donc entre elle et moi parenté civile, et empêchement aux noces, ainsi que nous l'avons vu précédemment (135). Il n'en serait pas de même à l'égard des enfans de ma sœur adoptive, parce qu'ils appartiennent à une autre famille, à celle de leur père. Il n'y a donc entre eux et moi aucune parenté, soit civile, soit naturelle (*text. hic*; V. *Ulp. fr.* 12, § 4, *de rit. nupt.*), quoiqu'il y ait parenté naturelle à cause du sang entre moi et les enfans de ma sœur naturelle, et parenté civile à cause du lien de famille entre moi et les enfans de mon frère adoptif.

§ V.

141. Effectivement, je ne puis épouser la sœur de mon père (*amitam*) : ne le fût-elle que par adoption (*licet adoptivam*), elle se trouverait dans la même famille que lui, et par conséquent dans la même famille que moi. Quant à la sœur de ma mère (*matertera*), les noces sont également prohibées entre elle et moi, dans le cas de parenté naturelle ; mais ici il n'est pas question du lien de famille, qui n'existe jamais entre ma mère et moi, ni par conséquent entre moi et les frères ou sœurs de ma mère. Aussi l'adoption faite par un aïeul maternel ne donne-t-elle ni oncle ni tante aux enfans de sa fille, parce que l'adoption n'a d'effet qu'à l'égard de l'adoptant et des membres de sa famille. (V. *Ulp. d. fr.* 12, § 4, *de rit. nupt.*; *Paul. d. fr.* 23, *de adopt.*)

La prohibition qui défend d'épouser son oncle ou sa tante s'étend aux grands oncles et aux grandes tantes jusqu'à l'infini. Étant au premier degré de la souche commune, ils ne peuvent épouser aucun descendant de leurs frères ou sœurs (139), *quia parentum loco habentur*. Cependant, au temps de Caïus et même d'Ulpien, une exception qui ne fut jamais étendue à la fille d'une sœur, permettait d'épouser la fille de son frère (*Ulp.* 5, *reg.* 6; *Caius*, 1 *inst.* 62); cette distinction paraît avoir subsisté jusqu'au règne de Constantin, qui rendit à la prohibition toute sa généralité (1).

§ IV.

142. Les noces sont permise entre cousins (2). Ce n'est pas précisément parce qu'ils sont au quatrième degré, car nous avons vu précédemment (139, 141) que nul ne pourrait épouser la petite-fille de son frère ou de sa sœur, *quamvis quarto gradu sint* (§ 3, *h. t.*) ; effectivement, lorsqu'un des parens se trouve au premier degré de la souche commune, il importe fort peu que l'autre s'en éloigne plus ou moins. Si le mariage est quelquefois permis entre collatéraux, c'est lorsqu'ils sont l'un et l'autre à deux degrés au moins de la souche commune. Tel est le véritable motif qui permet à un cousin d'épouser sa cousine.

143. En résumant ce que nous avons vu jusqu'ici, on peut dire que la parenté directe empêche les noces à l'infini, la parenté collatérale également à l'infini, lorsque les parens ou l'un d'eux sont au premier degré de la souche commune. Les autres collatéraux peuvent s'épouser.

§ VI.

144. Une autre cause d'empêchement aux noces se forme par les liens d'un premier mariage. Tant qu'il subsiste, les époux ne peuvent se remarier avec personne, parce qu'il n'est pas permis d'avoir plusieurs maris ou plusieurs femmes à la fois (*text. hic*; § 7, *h. t.*).

(1) Voyez *C.* 1, C. Th. *de incest. nupt.*, et Pothier (*pand. just.* *XXIII*, *II*, 30). Le premier mariage que l'on ait vu à Rome entre un oncle et la fille de son frère est celui de Claude avec Agrippine, fille de Germanicus. Cette princesse, dans la tragédie de *Britannicus*, parle ainsi de son mariage :

Mais ce lien du sang qui nous joignait tous deux
Écartait Claudius d'un lit incestueux.
Il n'osait épouser la fille de son frère :
Le sénat fut séduit ; une loi moins sévère
Mit Claude dans mon lit, et Rome à mes genoux.

La loi dont parle Racine est un sénatus-consulte porté l'an de Rome 802, pour autoriser, en règle générale, le mariage de l'oncle avec la fille de son frère. Claude ne trouva d'abord que deux imitateurs parmi ses courtisans (*Suetone* 26) ; mais plus tard d'autres personnes suivirent cet exemple, et profitèrent de la faculté accordée par le sénatus-consulte. S'il en était autrement, les jurisconsultes ne parleraient pas de l'usage qui s'est établi, et cet usage n'aurait pas été confirmé, comme il l'a été, par les constitutions impériales. (V. *Caius*, 1 *inst.* 62 ; *Tacite*, 12 *annal.* 7.)

(2) Arcadius et Honorius les ont prohibées du vivant de saint Ambroise ; et ont ensuite supprimé la prohibition. (V. *C.* 19, *h. t.*; *C.* 3, *C.* Th. *de incest. nupt.*)

Après la dissolution du mariage, chacun des conjoints peut contracter une nouvelle union, mais il n'a plus la même liberté qu'auparavant. Outre les empêchemens qui subsistent toujours entre moi et mes propres parens, il s'est formé entre moi et les parens de mon premier conjoint un lien qui m'empêche d'épouser quelques-uns d'entre eux. Ce lien, que les jurisconsultes romains nomment *affinitas* (V. *Modestin. fr.* 4, § 3 *et seq., de grad. et aff.*), s'appelle indistinctement, en français, affinité ou alliance. (V. *Pothier, contrat de mariage*, 150.)

145. L'alliance que le mariage établit se dissout avec le mariage même; mais, chose remarquable, ce n'est qu'après avoir été dissoute que l'affinité commence, à proprement parler, de former un empêchement particulier : car, tant qu'un mariage subsiste, l'affinité qui en résulte n'ajoute rien à l'impossibilité absolue où chacun des conjoints se trouve de contracter un nouveau mariage. C'est lorsque la prohibition générale a cessé que commencent les empêchemens relatifs à certains alliés (*text. hic*; § 7. *h. t.*).

Je ne puis épouser ni la fille dont ma première femme était déjà mère avant de m'épouser (*privignam*), ni la veuve de mon fils (*nurum*). Je ne suis point leur père; mais le mariage établit entre les époux une union trop étroite pour que les enfans ou les ascendans de l'un ne soient pas considérés, à certains égards, comme les enfans ou les ascendans de l'autre.

Cette assimilation qui empêche un beau-père d'épouser (*privignam*) sa belle-fille ou (*nurum*) sa bru, *quia utræque filiæ loco sunt*, s'étend indéfiniment, sans distinction de degré, à toutes les femmes qui descendent de mon épouse, ou qui ont épousé un de mes descendans. (V. *Pompon. fr.* 40; *Paul. fr.* 14, § 4, *de rit. nupt.*

§ VII.

146. Tout ce qu'on vient de dire s'applique, en sens inverse, à la femme de mon père (*novercam*), comme à celle de mon aïeul, bisaïeul, etc.; et à la mère de ma femme (*socrum*), comme à ses grand'mère, arrière-grand'mère, etc. (*Paul. d. fr.* 14, § 4, *de rit. nupt.*) Je ne puis épouser aucune d'elles, et toujours par la même raison, *quia matris loco sunt.*

§ VIII.

147. Ce motif, dont les anciens jurisconsultes font constamment dépendre la prohibition des noces entre alliés (V. § 7 *et* 8, *h. t.*; *Modestin. fr.* 4, § 7, *de grad. et affin.*), ce motif, dis-je, n'est nullement applicable entre mon fils et ma belle-fille, ou réciproquement entre ma fille et mon beau-fils. Ainsi l'homme et la femme qui auraient l'un et l'autre des enfans d'un premier lit peuvent se marier sans que leur union forme aucun obstacle à celle des enfans que chacun d'eux avait auparavant d'un autre conjoint (*text. hic*; *Papin. fr.* 34, § 2, *de rit. nupt.*; V. *Paul. fr.* 134, *de verb. oblig.*)

Si le second lit des père et mère produit un enfant, ce dernier sera frère de tous les enfans que son père ou sa mère avait eus séparément d'un premier lit. Il sera frère consanguin des enfans de son père, et frère utérin des enfans de sa mère; mais cette circonstance n'établit entre les premiers et les seconds aucune fraternité : or, parmi les personnes qui ne sont point respectivement *parentum liberorumque loco* (1), on ne voyait autrefois que les frères et sœurs dont le mariage fût prohibé. Mon fils et la fille de ma femme ne sont point frère et sœur; *quamvis habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.* Ils peuvent donc se marier.

Faut-il en conclure qu'il n'existe entre eux aucune affinité? On dit ordinairement que l'alliance se forme par le mariage entre chacun des époux et les parens de l'autre, mais non pas entre les parens respectifs de chaque conjoint. (*Pothier, pand. just. XXIII, II*, 34 *et* 37; *contrat de mariage*, 150.) De cette définition on conclut que mes enfans, et en général mes parens, sont alliés à ma femme sans l'être aux parens ni même aux enfans de celle-ci, et réciproquement. On s'appuie, dans ce sens, sur notre paragraphe même; car le mariage qu'il autorise se forme, dit-on, entre deux personnes qui ne sont point alliées l'une à l'autre, et précisément parce qu'elles ne le sont point. (*Vinnius, hic.*) Mais tel ne paraît pas être le sens de notre texte : effectivement, après avoir établi qu'il est certains

(1) *Voyez* § 1, 5, 6 *et* 7, *h. t.*; § 2 *et* 4, *cod.*; *Modestin. d. fr.* 3, § 7, *de grad. et affin.*; *Paul et Caius, fr.* 39 *et* 53, *de rit. nupt.*

mariages dont il faut s'abstenir *affinitatis veneratione* (§ 6, *h. t.*), on ajoute ici que néanmoins (*tamen*) mes enfans peuvent épouser ceux de ma femme : seraient-ils donc alliés ? Si l'affirmative contredit la définition précédente, elle s'accorde avec un texte formel, où Modestinus (*fr.* 4, § 3 *et* 6, *de grad. et aff.*) déclare que l'alliance unit les parens du mari avec ceux de la femme, et cite comme alliées entre elles deux femmes dont les maris seraient frères. Notre paragraphe ne prouve donc pas que mon fils et la fille de ma femme ne sont point alliés, mais seulement que l'alliance ne produit pas entre eux l'empêchement qu'elle établit entre moi et les ascendans ou descendans de ma femme, *quod affinitatis causa parentum liberorumque loco habentur.* (*Modestin. d. fr.* 4, § 3, eod.)

148. Les anciens jurisconsultes n'ont jamais admis, à raison de l'alliance, aucun empêchement relatif aux collatéraux de l'un et de l'autre époux. Ainsi rien n'empêchait un homme d'épouser la sœur de sa première femme, et une femme d'épouser le frère de son premier mari ; mais, en 355, les princes chrétiens prohibèrent pour la première fois le mariage du beau-frère avec sa belle-sœur (*C.* 2, C. Th. *de incest. nupt.*); et cette prohibition, plusieurs fois renouvelée (V. *Honor. et Theod. C.* 4, C. Th. *eod.*), se trouve maintenue dans le Code Justinien. (V. *C.* 5, 8 *et* 9, *de incest. et inutil.*)

§ IX.

149. L'affinité proprement dite résulte, entre les parens respectifs de deux époux, des noces que ceux-ci ont contractées. Un mariage prohibé, et par conséquent nul, ne produirait aucune alliance (*Modest. fr.* 4, § 3 *et* 8, *de grad. et aff.*), en ce sens qu'il ne donnerait à personne les avantages que les lois attachent au titre d'allié. Il en serait de même des noces qui ne seraient point encore contractées, ou qui seraient dissoutes. Dans ce second cas, il y a eu affinité, mais elle n'a pu atteindre, parmi les parens de l'un et de l'autre époux, ceux qui n'étaient pas nés à la dissolution du mariage (1). Ainsi la fille qu'une femme divorcée et remariée aurait eue d'un second mari n'est pas, à proprement parler, belle-fille du premier, *non est privigna tua* (2). Pareillement, la fiancée du père n'est pas encore la marâtre du fils, et la fiancée (3) du fils n'est pas encore la bru du père. Il n'y a donc pas alliance proprement dite (*Ulp. fr.* 12, § 1 *et* 2, *de rit. nupt.*); mais lorsqu'il s'agit de mariage, on considère bien moins l'exactitude des dénominations et leurs différences civiles que la similitude des effets naturels. Si l'on prohibe les noces entre chacun des conjoints et les ascendans ou les descendans de l'autre, c'est parce qu'il serait indécent qu'un homme vécût successivement avec la mère et la fille ; et, sous ce rapport, il n'y a aucune distinction à faire entre la fille que votre femme avait en vous épousant, et celle qui serait née depuis votre séparation. Si cette dernière n'est pas à proprement parler *privigna tua*, s'il n'y a pas d'affinité légale, il n'en est pas moins vrai que vous avez eu avec la mère des rapports qu'il serait inconvenant d'avoir avec sa fille. Il faut donc vous abstenir d'épouser cette dernière, comme si vous aviez été son beau-père. Tel est l'avis de Julien, rapporté par Ulpien (*fr.* 12, § 3, *de rit. nupt.*), et confirmé par Justinien (4).

150. D'après le même principe, quoiqu'il n'y ait d'affinité proprement dite que celle qui résulte des noces, néanmoins il suffirait, pour empêcher le mariage de deux personnes, que l'une d'elles eût vécu avec un ascendant ou un descendant de l'autre dans un commerce quelconque (V. § 10, *h. t.*), et notamment dans celui que l'on appelle *concubinatus*. (V. *Scævol. fr.* 7, *de grad. et aff.*; *Alexand. C.* 4, *h. t.*)

(1) Les noces se dissolvent, non-seulement par la mort, mais aussi par la servitude où tombe l'un des époux, et par le divorce opéré dans les formes légales. (*Paul. fr.* 1, *de divort. et repud.*) *Voyez* Pothier, *Traité du Contrat de mariage*, nos 462, 463, 467.

(2) Le mot PRIVIGNUS (*prius natus*) désigne l'enfant né de mon conjoint, mais avant notre mariage. (V. *Scævol. fr.* 7, *de grad. et aff.*)

(3) Les fiancés sont l'homme et la femme qui ont mutuellement promis de s'épouser, par une convention qui précède habituellement les noces. (*Florent. et Ulp. fr.* 1, 2 *et* 3, *de sponsal.*) *Voyez* Pothier, *Contrat de Mariage*, 24.

(4) D'après les derniers mots du texte (*jure tamen et rectius facturos, etc.*), on pourrait croire qu'il s'agit ici d'une invitation, d'un simple conseil, plutôt que d'une véritable prohibition. A cet égard, il importe de remarquer que les empêchemens dont nous avons parlé jusqu'ici n'étaient établis par aucune loi précise, mais seulement par l'usage (*Pompon. fr.* 8, *de rit. nupt.*). Julien devait donc énoncer une opinion plutôt qu'une décision. Au reste, les locutions modestes plutôt que dubitatives dont se servent souvent les jurisconsultes romains n'ôtent rien à la certitude de leur opinion, ni à l'autorité qu'elle a pu obtenir.

151. Pareillement, il existe entre chacun des fiancés et les ascendans ou descendans de l'autre, un empêchement (*Ulp. fr.* 12, § 1 *et* 2 ; *Paul. fr.* 14 *in fin.*, *de rit. nupt.*) qui est aussi la conséquence d'une certaine affinité. (*Ulp. fr.* 6, § 1 ; *Pompon. fr.* 8, *de grad. et aff.*)

§ X.

152. Les esclaves n'ont point de parens : le lien qui unit les personnes nées du même sang existe sans doute entre esclaves comme entre personnes libres ; mais le droit civil ne s'en occupait nullement et n'y attachait aucun des avantages qui résultent, entre personnes libres, de la parenté proprement dite. (V. § 10, *de grad. cognat.*) Toutefois, dans les noces, ainsi que nous l'avons déjà vu, les dénominations civiles n'empêchent pas d'observer le respect que l'on doit au lien du sang, partout où il existe. Ainsi, à l'égard des esclaves, ce lien produit des parentés serviles (*serviles cognationes*), et par suite aussi des affinités serviles d'où résultent pour les affranchis les mêmes empêchemens que pour les ingénus. (V. *Paul. fr.* 14, § 2 et 3, *de rit. nupt.*)

153. Je dis pour les *affranchis*, parce qu'il s'agit ici des empêchemens aux noces, c'est-à-dire à une espèce de mariage que les esclaves sont absolument incapables de contracter tant qu'ils restent esclaves. Lorsqu'on examine quelles sont les personnes que la parenté servile nous empêche d'épouser, c'est donc exclusivement pour le cas où elles pourraient épouser quelqu'un, c'est-à-dire pour le cas où elles cesseraient d'être esclaves, *si forte... manumissi fuerint* (*text. hic*).

154. Parmi les personnes que la parenté servile empêche, dans ce cas, de contracter des noces, on cite, et avec grande raison, le père et la fille ; mais il importe d'observer, surtout à l'égard des esclaves, que la paternité, rarement certaine, n'est jamais aussi facile à établir que la maternité ; dans le doute, on suit par décence le parti le plus sûr, et la paternité même douteuse suffit pour empêcher les noces avec une femme qui, civilement parlant, serait censée n'avoir point de père, parce qu'elle serait *vulgo quæsita*. (V. § 12, *h. t.*; *Paul. d. fr.* 14, § 2, *de rit. nupt.*)

§ XI.

155. Outre les empêchemens qui, d'après ce qu'on vient de voir, résultent de la parenté et de l'alliance, il en est encore plusieurs autres pour le détail desquels Justinien nous renvoie au Digeste.

156. Ces empêchemens, fondés sur des considérations purement civiles ou politiques (1), ne se sont point établis tacitement et par l'usage comme les précédens, mais par les prohibitions expresses de la loi Julia (2), et surtout d'un sénatus-consulte porté sur la proposition de Marc-Aurèle. (V. *Paul. fr.* 58, 59, 60, *de rit. nupt.*) Ces empêchemens, qui ne tiennent point à la nature du mariage, ne s'appliquent, du moins pour la plupart, qu'aux noces, sans empêcher également le concubinat (V. *Ulp. fr.* 1, § 2 ; *Paul. fr.* 5, *de concub.*) ; relativement aux noces mêmes, ils n'établissent qu'un obstacle temporaire (V. *Ulp. fr.* 27, *de rit. nupt.*; *Paul. fr.* 65, § 1 ; *fr.* 66, *eod.*) et susceptible d'être levé par l'autorité du prince (V. *Ulp. fr.* 31, *eod.*; *Diocl. et Maxim. C.* 7, *de interd. matrim.*) ; enfin leur violation ne constitue pas un inceste (V. *Ulp. fr.* 39, § 1, *de rit. nupt.*), et n'entraîne pas les mêmes conséquences (162).

§ XII.

157. Régulièrement, on n'exige point d'autre condition que celles qui ont été détaillées jusqu'ici. Les pompes et cérémonies qui accompagnent souvent les noces ne sont point nécessaires à leur validité. Ordinairement on dressait un acte dotal (*dotale instrumentum*), qui pouvait constater le *matrimonium* ; mais ce n'était qu'un genre

(1) Une femme ne peut épouser ni son tuteur, ni son curateur, ni leur fils ou petit-fils ; on craignait que par un semblable mariage le comptable ne se dispensât de rendre son compte, et l'empêchement dure jusqu'à ce que la femme ait atteint l'âge de vingt-six ans. (*V.* § 19, *de excus.*; *Paul. fr.* 66 ; *Tryphon. fr.* 67, § 3, *de rit. nupt.*) Il est défendu aux fonctionnaires d'épouser une femme domiciliée dans la province où ils exercent leurs fonctions. (*Paul. fr.* 38, *eod.*) Un ingénu ne peut épouser une prostituée, une comédienne ; un sénateur ou ses enfans sont en outre dans l'impossibilité de se marier par justes noces avec des personnes affranchies. (V. *Paul. fr.* 16 ; *Cels. fr.* 23, *eod.*; *Ulp.* 13, *reg.* 1 *et* 2.)

(2) C'est la fameuse loi Julia et Papia Poppea (V. *Cels. d. fr.* 23 ; *Paul. fr.* 44, *de rit. nupt.*), portée vers la fin du règne d'Auguste, sous le consulat de Papius Mutilus et Q. Poppeus, l'an 762 de la fondation de Rome. *Voyez* Gravina (*de legib. et senatusc.* 63).

de preuve susceptible d'être ou combattu ou suppléé par d'autres indices. (V. *Prob.*, *Diocl. et Maxim.*, *Theod. et Valent. C.* 9, 13 *et* 22, *h. t.*) En effet, c'est le consentement qui, indépendamment de toute consommation (*Ulp. fr.* 30, *de reg. jur.*) et de toutes solennités de célébration, forme les noces et les fait subsister avec tous les effets dont elles sont susceptibles (1).

158. Les conjoints deviennent respectivement époux, VIR et UXOR; à ce titre ils acquièrent des droits particuliers sur les biens qui forment la dot ou qui sont compris dans la donation dite *à cause de noces*. (V. § 3, *de donat.*) Le droit prétorien appelle les époux à la succession l'un de l'autre (§ 4, *de bon. poss.*), et leurs enfans sont légitimes, c'est-à-dire qu'ils suivent la condition du père, et naissent, sinon sous sa puissance, au moins dans sa famille.

En sens inverse, les noces que l'on prétendrait avoir formées (*adversus ea quæ diximus*) sans réunir toutes les conditions ci-dessus expliquées, sont nulles. Dans ce cas, dit notre texte, il n'y a point de noces, point de *matrimonium*, point de dot; les conjoints ne sont point époux (*nec vir, nec uxor*), et les enfans ne sont point sous la puissance du père. Cette énumération nécessite quelques détails.

159. A défaut de l'une des conditions requises, il n'y a point de noces, point de *matrimonium*, c'est-à-dire point de mariage civil; car *nuptiæ* et *matrimonium* sont ici, comme précédemment (§ 1, *de patr. pot.*), deux expressions synonymes, dont on se sert également pour désigner cette espèce de mariage qui, entre autres effets civils, détermine la condition des enfans par celle que le père avait à l'époque de la conception (2). Pour cela, il faut qu'à cette époque l'union des père et mère ait réuni toutes les conditions requises par les lois civiles (*secundum præcepta legum*). Ainsi, lorsqu'un fils de famille se marie à l'insu du père dont il dépend, la mort ou le consentement de ce dernier peuvent seuls donner au mariage le caractère de justes noces; mais c'est en vain que les conjoints deviendraient *vir* et *uxor* pendant la grossesse de la femme. L'enfant dont elle accoucherait ne suivrait point la condition de son père; il ne naîtrait ni dans sa famille, ni sous sa puissance (*Paul. fr.* 11, *de stat. hom.*). C'est un des cas auxquels on doit appliquer ce que Justinien dit ici, en règle générale, de toute union qui ne forme *nec nuptiæ nec matrimonium*: en effet, les enfans seraient assimilés pour tout ce qui concerne les droits de famille et la puissance paternelle (*quantum ad patriam potestatem pertinet*), aux enfans *vulgo concepti* qui n'ont aucun père certain; les enfans qui ne sont point conçus *ex justis nuptiis* n'ont point de famille. A cet égard il n'y a aucune différence entre eux et les *spurii*.

160. Sous d'autres rapports on doit cependant les distinguer, car s'il n'existe point de noces, il peut exister un concubinat. Les empêchemens résultant de la parenté et de l'alliance ne permettent aucune espèce de mariage; et dans ce cas, soit que les parties prétendent contracter de justes noces ou simplement un concubinat, leur union n'est qu'un inceste (V. *Ulp. fr.* 56, *de rit. nupt.*; *fr.* 1, § 3, *de concub.*), dont les fruits sont nécessairement *spurii* (V. *Modest. fr.* 23, *de stat. homin.*); mais il existe pour les noces des prohibitions purement civiles qui ne s'étendent point au concubinat. Ainsi, par exemple, un gouverneur pourrait prendre une concubine dans la province qu'il administre (*Paul. fr.* 5, *de concub.*). Les enfans nés du concubinat ont un père certain, à l'égard duquel on les désigne par le titre d'enfans naturels (*liberi naturales*), parce qu'ils ne naissent point dans sa famille; mais ils peuvent, en certains cas, passer sous sa puissance, ainsi que nous le verrons au paragraphe suivant.

161. La dot et la donation à cause de noces sont des donations d'un genre spécial d'où résultent, pour chacun des époux, des droits que nous aurons occasion d'expliquer (V. § 4, *de donat.*; *pr.*, *quib. alien.*), et notamment pour la femme, celui d'exiger à la dissolution du mariage la restitution de sa dot. Mais il n'y a dot que lorsqu'il y a *matrimonium*, justes noces (*Ulp. fr.* 3; *fr.* 39, *pr. et* § 1, *de jur. dot.*); aussi lorsque l'union des conjoints n'est pas conforme à toutes les règles du droit civil, ou

(1) Justinien le premier a exigé, pour la validité des noces entre personnes *illustres*, la confection du *dotale instrumentum*, ou du moins une déclaration faite en présence de témoins devant le défenseur de l'église, qui en dresse acte. (*Nov.* 74, *ch.* 4; *Nov.* 117, *ch.* 4.)

(2) *Voyez* Caius (1 *inst.* 65 *et seq.*). *Voyez* aussi Vinnius, *hic*.

ne peut, dit Justinien, réclamer ni dot ni donation, à cause de noces, *nec dotis nec donationis exactioni locus.*

162. Le mariage est dépourvu de tout effet civil lorsqu'il y manque quelqu'une des conditions dont la réunion forme les justes noces; il peut devenir criminel lorsqu'on le contracte au mépris des prohibitions établies. Les noces de deux parens directs sont dites *nefariæ atque incestæ* (§ 1, *h. t.*). C'est un inceste du droit des gens, un inceste inexcusable, à la différence de celui que commettraient deux collatéraux, et en général deux personnes dont l'union a été ou toujours réprouvée par un usage constant (*moribus; Paul. fr.* 39, § 1; *fr.* 68, *de rit. nupt.; Ulp. fr.* 56, *eod.*), ou prohibée par les constitutions qui ont étendu les empêchemens résultant de la parenté et de l'alliance (V. *Arcad. et Honor., Honor. et Theod. C.* 3 *et* 4, C. Th. *de incest. nupt.*). Les noces défendues par les motifs purement civils ou politiques dont nous avons parlé précédemment (155, 156) ne sont point incestueuses, quoique la violation des prohibitions légales expose les contractans à des peines qui varient suivant les circonstances. (*Paul. fr.* 66, *de rit. nupt.; Calist. fr.* 64, *eod.*). L'inceste, indépendamment de toute autre punition, entraîne toujours confiscation de la dot (*Paul. fr.* 52, *de rit. nupt.*); cependant lorsqu'il n'y a pas inceste du droit des gens, on use d'une sévérité moins grande envers les parties (*Paul. fr.* 68, *eod.*): on ne confirme jamais leur union (*Zen. C.* 2, *si nupt. ex rescript.*); mais l'erreur et la bonne foi des contractans ou de l'un d'eux suffisent, en certains cas, pour faire accorder aux enfans les avantages qu'aurait produits en leur faveur un mariage légitime (V. *Marcian. fr.* 57, § 1; *fr.* 58, *de rit. nupt.*).

§ XIII.

163. Nous avons vu qu'un enfant naît dans la famille de son père, lorsqu'il est issu d'un mariage qui, à l'époque de la conception, réunissait toutes les conditions requises par le droit civil pour constituer les justes noces. Dans tout autre cas, et lors même que l'union des père et mère aurait acquis, pendant la grossesse de cette dernière, le caractère d'un véritable *matrimonium*, l'enfant ne naîtrait pas fils légitime de son père, *justum ei ex quo conceptus est* (V. *Paul. fr.* 11, *de stat. hom.*), ou ce qui revient au même, il ne naîtrait ni dans sa famille ni sous sa puissance. Toutefois l'enfant qui n'appartient pas dès sa naissance à la famille paternelle peut y entrer postérieurement. Entre autres exemples rapportés par Caïus (1 *inst.* 65 *et seq.*), il suffira de citer le cas d'un mariage contracté par erreur entre un citoyen romain et une femme *peregrina*: dans ce cas, le père est admis à justifier son erreur (*causam erroris probare*); et alors l'enfant qui était né *peregrinus* comme sa mère, devient citoyen romain et fils de famille, *incipit filius in potestate patris esse*, dit Caïus (*loc. cit.* 67; V. *Ulp.* 3 *reg.* 3).

164. Sous Justinien on ne connaît plus de *peregrini*: mais on distingue, même entre citoyens romains, deux sortes de mariages; et les enfans du concubinat sont, à l'égard du père, des enfans qui naissent toujours hors de sa puissance, sans aucun moyen pour eux d'acquérir par suite les droits de famille. C'est dans le Bas-Empire que les princes chrétiens permirent pour la première fois au père de légitimer ses enfans naturels.

La légitimation, sur le but de laquelle il importe de ne point se méprendre, ne tend pas ici à justifier les suites d'un commerce illégal, en effaçant les taches que pourrait jeter sur quelques enfans le vice de leur naissance. On ne légitime jamais les fruits d'une union illicite (*Nov.* 74, *cap.* 6); mais, comme il existe des mariages autorisés, et qui cependant ne produisent pas l'effet civil des noces, on permet de conférer aux enfans les droits de famille qu'ils ne tiennent pas de leur naissance. Ils passent sous la puissance paternelle, et alors ils sont légitimés, parce qu'il se forme entre leur père et eux un lien civil que le droit naturel n'établit pas (V. § 2, *de patr. pot.*), lien dont l'existence distingue seule, et uniquement à l'égard du père, les enfans légitimes ou naturels. Aussi, pour peu qu'on examine le titre *de naturalibus liberis*, au Code, on voit que le législateur ne s'occupe des enfans naturels que relativement au père, et que leur légitimation, absolument indifférente pour la famille et la succession maternelle (V. § 3, *de sc. orphit.*; § 7, *de sc. tertyl.*), tend exclusivement à les mettre sous la puissance de leur père, *suos patri et in potestate fieri.* (*C.* 5, *de nat. liber.*)

165. Cette légitimation a lieu de différen-

tes manières : la première consiste dans une espèce d'agrégation de l'enfant naturel au corps de la curie ou sénat des villes municipales. Le titre de décurion ou membre de la curie était très-honorable et en même temps très-onéreux, à cause des grandes dépenses auxquelles il fallait contribuer, et dont on cherchait ordinairement à se dispenser (1). Pour l'avantage des curies, Théodose et Valentinien (*C.* 3, *de natural. liber.*) voulurent qu'en offrant son fils naturel à la curie de sa ville natale ou d'une ville métropolitaine, lorsque le père serait de Rome ou de Constantinople, celui-ci pût acquérir sur ce fils la puissance paternelle et par suite lui transmettre sa succession (*text. hic*; § 2, *de hered. quæ ab int.*). La fille naturelle peut être légitimée par son mariage avec un décurion (*d. C.* 3, *de natur. liber.*).

Au reste, ce n'est là qu'une légitimation très-imparfaite. L'enfant succède à son père, mais reste totalement étranger aux autres membres de la famille paternelle (*Justinian. C.* 9, *eod.*); et lorsque le père a des enfans légitimes, il ne peut donner ou laisser au légitimé plus qu'à celui des légitimes auquel il aurait le moins donné ou le moins laissé. (V. *d. C.* 9, § *ult.*)

166. Constantin, dans une constitution renouvelée depuis par Zénon (*C.* 5, *de natur. liber.*), avait permis de légitimer les enfans naturels que l'on aurait d'une concubine ingénue; il fallait pour cela que le père contractât un mariage civil avec la mère, en donnant le titre d'épouse (*uxorem ducere*) à la femme qu'il aurait tenue jusqu'alors en concubinat. Telle est l'origine de la légitimation dite *per matrimonium subsequens*; mais il faut remarquer que Constantin et Zénon ne l'autorisaient que pour les enfans déjà nés à l'époque où chacun de ces princes promulgua sa constitution, sans étendre le même bénéfice aux enfans qui par suite naîtraient du concubinat (*d. C.* 5, *eod.*). C'est par Justin (*C.* 6, *eod.*) que cette légitimation se trouve pour la première fois admise en principe général, et pour l'avenir, mais seulement à défaut de postérité légitime. Justinien est le premier qui ait permis de légitimer, soit par oblation à la curie, soit par noces subséquentes, les enfans naturels dont le père aurait des enfans légitimes. (*C.* 9, § *ult.*; *C.* 10, *eod.*; *Nov.* 12, *cap.* 4; V. *Const.*, *Zen.*, *Theod.* et *Just.*, *C.* 3, 5 et 6, *eod.*)

167. Notre texte et tous ceux qui permettent la légitimation par noces subséquentes, restreignent ce bénéfice aux enfans d'une concubine que l'on aurait pu épouser sans aucun empêchement, *cujus matrimonium* MINIME INTERDICTUM *fuerat* (*text. hic*; V. § 2, *de hered. quæ ab intest.*; *C.* 10 et 11, *de natur. liber.*). Interprétée en ce sens qu'il ne doit exister aucun empêchement à l'instant où les noces se contractent, cette restriction ne signifie absolument rien : car, en parlant de la légitimation par mariage subséquent, il serait bien inutile d'ajouter que ce mariage doit devenir possible, mais il n'est pas indifférent d'exiger qu'il ait toujours été possible, et tel est, je crois, le sens des expressions de Justinien. Dans ce sens, il faudrait reconnaître que les enfans naturels, c'est-à-dire les enfans nés *ex concubinatu*, seuls susceptibles d'obtenir le bénéfice de la légitimation, ne le seraient pas tous; en effet, le concubinat peut avoir été permis entre leurs père et mère à une époque où les noces étaient prohibées (156). *Voy.* cependant Vinnius, *hic*, et Bohemer, *dissertat. de legitimat.*

168. Dans la constitution de Justinien (*d. C.* 10, *de natur. liber.*) et dans notre texte, il est question des enfans naturels nés d'une femme libre (*ex muliere liberâ*) : en interprétant le mot *libre* dans le sens qui le rend quelquefois synonyme d'*ingénu* (71), on prétendit exclure du bénéfice de la légitimation les enfans nés d'une concubine affranchie. Cette interprétation, quoiqu'elle parût appuyée sur la constitution de Zénon (V. *C.* 5, *de natur. liber.*), a été condamnée par Justinien (*Nov.* 18, *cap.* 11) qui déclara les enfans d'une affranchie susceptibles d'être légitimés par noces subséquentes, lorsqu'il serait possible au père d'épouser une affranchie. Dans la même novelle, Justinien autorise la légitimation des enfans naturels qu'un maître aurait eus de sa propre esclave; mais ici la légitimation est une faveur subordonnée à la non-existence d'aucun enfant légitime, et à l'obtention du bénéfice de régénération qui, après l'affranchissement de la mère et des enfans, efface toutes les traces de leur ancienne

(1) *Voyez* au *Digeste*, liv. 50, tit. 2, et au *Code*, liv. 10, tit. 31.

servitude, et les assimile aux ingénus (1).

169. Dans tous les cas, les noces subséquentes ne légitiment les enfans naturels que lorsqu'il a été dressé un acte dotal (*dotalibus instrumentis compositis*). Cet acte, exigé par notre texte et par tous ceux qui s'y rapportent, est nécessaire, non par la validité des noces, mais pour déterminer positivement quels sont, ou non, les enfans légitimés : car aucun d'eux ne peut être soumis malgré lui à une légitimation dont l'effet immédiat est de rendre fils de famille un enfant naturel qui, en cette qualité, est nécessairement *sui juris*. (*Nov.* 89, *ch.* 2; *Vinnius*, *hic*. Voy. cependant *Nov.* 74, *ch.* 2.)

170. A la fin de ce paragraphe on prévoit le cas où le mariage contracté pour opérer la légitimation donnerait naissance à de nouveaux enfans; et comme le texte paraissait altéré, les divers éditeurs ont cherché à le rectifier. De là trois versions principales. D'après celle de Cujas (2), notre texte signifierait que l'existence d'un ou plusieurs enfans nés après le mariage n'empêche pas la légitimation des enfans nés auparavant. En effet, la constitution de Justinien les place tous sur la même ligne. (V. *C.* 10, *de nat. lib.*)

D'après une autre version, proposée par Hottoman (3), le même texte signifierait au contraire que la légitimation a lieu lors même qu'il ne naîtrait du mariage aucun autre enfant, et tel est réellement le résultat d'une constitution de Justinien, interprétative des doutes qui s'étaient élevés sur la précédente. (*C.* 11, *eod.*)

La troisième version, celle des éditions vulgaires (4), suppose que le bénéfice de la légitimation, accordé par Justinien aux enfans nés avant le mariage, s'applique également à ceux qui naîtraient plus tard de ce même mariage. Évidemment ces derniers seront légitimes et n'auront pas besoin d'être légitimés. Pris en ce sens le texte n'offrirait aucun sens, mais je crois qu'il peut s'entendre tel qu'il est des enfans nés dans les justes noces, et conçus auparavant, le père ayant épousé la mère pendant sa grossesse. Ceux-ci avaient réellement besoin de la faveur que leur accorde Justinien, car d'une part ils n'étaient pas légitimes faute d'avoir été conçus *ex justis nuptiis*; d'autre part, ils ne sont pas légitimés, puisque la légitimation ne s'applique, d'après les expressions de ce paragraphe, qu'aux enfans déjà nés. Ce passage signifierait donc que les enfans nés depuis le mariage, quoique conçus auparavant, naîtront désormais sous la puissance de leur père et dans sa famille, tandis que, d'après l'ancien droit, ils n'auraient pas eu cet avantage. C'est ainsi que le texte paraît avoir été entendu par Théophile, et que l'avait déjà expliqué un orateur anonyme, cité par Évrard Otton.

Si tel n'est pas le sens des derniers mots de ce paragraphe, telle est au moins la disposition formelle d'une constitution (*C.* 11, § *ult.*, *de natur. liber.*), par laquelle Justinien décide que l'état et la légitimité des enfans se détermineront par l'époque de la naissance; excepté lorsque leur intérêt même obligera de remonter jusqu'à la conception.

171. L'empereur a multiplié, dans le nouveau droit, les dispositions relatives aux enfans naturels et à leur légitimation. Il suffira de voir à cet égard la novelle 89, dont les chapitres 9 et 10 confirment les dispositions de la novelle 74 (*ch.*, *et* 2) sur un nouveau mode de légitimation que le prince accorde par rescript; mais seulement à défaut d'enfant légitime, et lorsque les noces seraient devenues impossibles par la mort de la mère ou par toute autre cause. Dans ce cas, le rescript du prince intervient sur la requête du père, ou sur celle des enfans eux-mêmes, si le père décède sans avoir pu présenter sa requête, mais après avoir exprimé dans son testament la volonté de légitimer.

(1) On a vu ci-dessus (79) que Justinien, en supprimant toute distinction entre les ingénus et les affranchis, avait fait du droit de régénération une conséquence de la manumission même. Dès lors aucun affranchi n'a besoin de demander un bénéfice qui a été rendu commun à tous. Mais il ne l'a été qu'en 539, par la novelle 78 (*ch.* 1 *et* 2) promulguée deux ans après la novelle 18, dont il s'agit ici. Dans la dernière, c'est-à-dire dans la plus récente de ces deux constitutions, Justinien veut que les enfans n'aient pas même besoin d'affranchissement. Dès que le patron épouse son ancienne esclave, la confection de l'acte dotal suffit aux enfans naturels pour les rendre libres, ingénus et fils de famille. (*Nov.* 78, *ch.* 3 *et* 4.)

(2) *Quod si alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.*

(3) *Quod si nulli alii liberi, etc.*

(4) *Quod et aliis liberis qui ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, similiter, etc.*

TITRE XI.

DES ADOPTIONS.

PR.

172. Outre les enfans qui sont ou issus *ex justis nuptiis*, ou légitimés conformément aux règles précédentes, on peut encore avoir dans sa famille d'autres enfans sur lesquels la puissance paternelle s'établit par le seul effet du droit civil, indépendamment des liens du sang. On les appelle enfans adoptifs, par opposition aux enfans naturels; et alors cette dernière expression ne désigne plus, comme ci-dessus, les enfans nés du concubinat : elle s'applique, dans une autre acception, à tous les fils de famille qui descendent réellement du chef; tandis que l'adoption place dans une famille les enfans qui, le plus souvent, doivent la naissance à un étranger. C'est dans le sens de cette distinction que Justinien, d'après Caïus, donne ici le titre d'enfans naturels (*liberi naturales*) à tous les fils de famille qui ne le sont point devenus par adoption. (*Vinnius, hic.*)

§ Ier.

173. Le texte distingue suffisamment deux espèces d'adoption, dont l'une prend un nom particulier, tandis que l'autre conserve le nom générique, et qui diffèrent en outre quant à la forme et quant aux personnes qu'elles ont pour objet.

174. Pour mieux entendre ceci, il est bon d'observer que l'adoption des fils de famille, ou adoption proprement dite, dissout la puissance d'un père de famille pour la donner à un autre. Nous avons donc à examiner comment le père naturel se dépouille de sa puissance, et comment elle est acquise à l'adoptant : la loi des Douze-Tables n'indiquait aucun moyen direct ni pour dissoudre ni pour transférer la puissance d'un père vivant; mais elle lui reconnaissait le droit de vendre les enfans soumis à sa puissance, et la vente devait naturellement épuiser les droits du vendeur. On s'en servit comme d'un moyen indirect de dissoudre volontairement la puissance paternelle. L'ascendant qui voulait mettre ses enfans hors de sa famille les aliénait par une vente accompagnée d'une tradition solennelle, qui se nomme mancipation. Une seule mancipation aurait suffi à l'égard d'une fille ou d'un petit-fils, parce que le père de famille ne pouvait les vendre qu'une fois; mais quant au fils, la loi exigeait trois mancipations pour rompre le lien qui l'attachait à la famille paternelle. Aussi l'acheteur avait-il soin d'affranchir le fils, pour le faire retomber sous la puissance de son père, et pour donner à celui-ci l'occasion d'une seconde mancipation qui, suivie d'un second affranchissement, laissait encore au père le droit de faire une troisième et dernière vente. Dans cette position, les enfans n'appartenaient plus à la famille de celui qui les avait mancipés une ou trois fois, suivant le sexe et le degré; mais ils n'étaient pas encore sous la puissance paternelle de l'acheteur. Pour devenir fils de famille de l'adoptant, il fallait que celui-ci les revendiquât comme tels, et se les fît adjuger par le préteur, en présence et sans contradiction du père naturel auquel ils auraient été préalablement rémancipés (1).

175. Justinien, abrogeant toutes ces formalités, se contente d'une simple déclaration faite devant le magistrat compétent, en présence tant des deux pères que de l'adopté, et sans contradiction de la part de ce dernier. (V. § 8, *quid. mod. jus patr. pot.*; *Justin. C. ult.*, *de adopt.*)

176. Dans l'adrogation, un individu *sui juris*, un père de famille se soumet lui-même à la puissance d'un autre. Nul ne disposait ainsi de soi-même qu'avec l'autorisation d'une loi spéciale dont la présentation dans l'assemblée des comices se nommait, ainsi qu'on l'a vu précédemment, *rogatio*; de là est venu pour cette espèce d'adoption le nom d'*adrogation*. Lorsque l'empereur fut seul investi du pouvoir législatif, son autorisation de remplacer celle du peuple, et le permission d'adroger se donna *ex principali rescripto*. Mais à quelle époque a-t-on cessé de consulter les comices pour s'adresser exclusivement au prince? On pourrait croire que ce fut dès le temps de la loi *Regia*, aussitôt que le peuple eut, suivant

(1) *Voyez* Caïus (1 *Inst.* 134). Pourquoi cette rémancipation et cette revendication? Les notions que nous avons sur ce point laissent beaucoup à désirer. (*V.* 201.)

les expressions de Justinien (§ 6, *de jur. nat.*), abdiqué en faveur des princes *omne imperium suum et potestatem;* mais nous voyons dans Caïus (1 *inst.* 98 et *sequ.*) et dans Ulpien (8 *reg.* 2 *et seq.*) que, de leur temps, c'est-à-dire au second et au troisième siècles, l'adrogation se faisait encore POPULI *auctoritate* (1), et cependant les constitutions impériales avaient indubitablement force de loi. (*Caius, ibid.* 5.)

§ II.

177. L'adoption proprement dite, en transférant la puissance au père adoptif, détruisait celle du père naturel; et, sous ce rapport, elle pouvait causer à l'adopté un préjudice considérable, en lui ôtant, comme on l'expliquera par suite (835, 836, 840; V. § 14, *de hered. quæ ab intest.*), l'hérédité du père naturel, sans lui assurer celle de l'adoptant. Pour éviter cet inconvénient, Justinien décide que le fils ou la fille donnés en adoption par le père naturel à un étranger, c'est-à-dire à quiconque ne serait pas leur ascendant, resteront sous la puissance et dans la famille du père naturel, afin d'y conserver leurs droits de succession (*C.* 10, § 1, *de adopt.*); et néanmoins l'adopté commence à être considéré comme fils de l'adoptant, et lui succède *ab intestat*, mais sans pouvoir jamais attaquer le testament du père adoptif.

Nous aurons occasion de revenir avec plus de détail sur les effets de l'adoption faite par un étranger (840); nous verrons alors qu'elle n'est pas toujours imparfaite; car ce qui est dit ici du fils donné en adoption par son père ne s'applique pas indistinctement aux petits-enfans donnés en adoption par leur aïeul. (V. *d. C.* 10, § 4.)

178. Pour conserver pleinement, même envers les enfans du premier degré, son ancien effet, il faut que l'adoption soit faite, non par un étranger, comme ci-dessus (*non extraneo*), mais par un ascendant de l'adopté. Justinien suppose d'abord que ce sera par un ascendant maternel (*avo materno*), et cela parce que l'aïeul paternel a naturellement sous sa puissance son fils et les enfans de son fils. Il serait donc inutile et même impossible qu'il adoptât ces derniers, à moins cependant que le fils n'eût été émancipé; alors en effet le fils est père de famille, et a ses propres enfans sous sa puissance. Dans ce cas (*si ipse pater fuerit emancipatus*), il peut donner ses enfans en adoption à un ascendant quelconque, paternel ou maternel (*paterno vel materno*). En un mot, il suffit que l'adopté ne soit pas déjà dans la famille de l'ascendant qui n'adopte que pour acquérir la puissance paternelle.

L'adoption la lui confère pleinement et entièrement, non pas à cause du double lien que Justinien donne ici pour motif, mais parce que les droits de l'adopté sur la succession d'un ascendant sont beaucoup mieux assurés que sur celle de tout autre adoptant, ainsi que nous le verrons plus tard. (V. § 14, *de hered. quæ ab int.*; *d. C.* 10, § 4.)

§ VI.

179. Comme la puissance d'un père de famille s'étend à plusieurs générations de descendans, on peut aussi se donner par adoption des fils de famille de différens degrés, suivant qu'on les adopte pour fils ou pour petits-fils. Cette distinction dépend uniquement de l'intention des parties; et il n'est pas nécessaire, comme on le voit ici, que l'adopté prenne dans la famille de l'adoptant le même rang qu'il occupait dans celle de son père ou de son aïeul.

180. Cette observation ne s'applique point à l'adrogé, puisqu'il ne dépend de personne. Quant aux enfans qu'il a sous sa puissance, ils prennent nécessairement sous la puissance de l'adrogeant le degré inférieur à celui qu'ils occupaient sous la puissance de l'adrogé.

§ XI.

En effet, l'adrogation soumet toujours à l'adrogeant non seulement l'adrogé, mais encore tous les enfans naturels ou adoptifs que ce dernier aurait lui-même sous sa puissance. Pareillement les biens de l'adrogé sont tous acquis à l'adrogeant. Cette acquisition était l'effet de la puissance paternelle, qui depuis a subi des modifications importantes, comme nous le verrons plus loin (*lib.* 3, *tit.* 10).

(1) Dans le *fr.* 2 *de adopt.*, on a mis *principis* au lieu de *populi*; et dans les Institutes, *principali rescripto* remplace *populi auctoritate.*

§ III.

181. Les personnes soumises à la puissance paternelle peuvent être données en adoption, quels que soient leur sexe et leur âge; mais l'adrogation n'a pas toujours été possible à l'égard de toute personne *sui juris*. L'adrogation des femmes n'était jamais permise, et celle des mâles impubères, tantôt permise, tantôt interdite, n'a été définitivement autorisée par Antonin-le-Pieux (1) qu'avec des règles particulières.

182. En effet, outre les informations ordinaires, surtout pour l'adrogation, et dans lesquelles on recherche les motifs de l'adoption, l'âge de l'adoptant, le tort qu'il peut faire à ses enfans lorsqu'il en a (*Ulp. fr.* 15, § 2; *fr.* 17, *pr. et* § 1, *de adopt.*), on examine encore, pour l'adrogation d'un impubère, si elle est honorable et avantageuse pour lui (*an honesta sit expediatque pupillo*). En conséquence on s'enquiert des mœurs de l'adrogeant et de sa fortune. (*Ulp. d. fr.* 17, § 2.) Enfin, lorsque l'adrogation a été admise, elle ne s'accomplit que sous certaines conditions (*cum quibusdam conditionibus*), afin qu'elle ne profite jamais à l'adrogeant au préjudice de l'adrogé et de sa famille, et afin que l'adrogé ne puisse pas être privé sans motif des avantages qu'il devait espérer.

Ainsi l'adrogeant est tenu, 1° de rendre tous les biens que l'adrogé lui aura transmis, soit à l'adrogé lui-même s'il l'émancipe ou s'il le déshérite, soit, en cas de décès de l'adrogé avant sa puberté, aux personnes qui, à défaut d'adrogation, auraient obtenu l'hérédité du pupille. (V. le § 8, *de pupil. subst.* et son explication.)

2° D'assurer cette dernière restitution en donnant une caution qui s'engage envers une personne publique, c'est-à-dire un esclave public (2).

3° Et en outre, de laisser le quart de ses propres biens à l'adrogé émancipé sans motifs, ou déshérité. Ce quart s'appelle *Quarte Antonine*; en cas d'exhérédation, il appartient toujours à l'adrogé, sans distinguer si l'exhérédation est ou non fondée sur de justes motifs, parce que l'adrogeant qui aurait des sujets de plainte contre l'adrogé peut en profiter pour l'émanciper, sans différer à le punir par un acte de dernière volonté. (*Vinnius, hic.*; V. *Ulp. fr.* 8, § 15, *de inoffic. testam.*)

§ IV.

183. Justinien explique dans le reste du titre quelques règles communes aux deux espèces d'adoption. Le texte détermine ici la différence d'âge qui doit exister entre l'adoptant et l'adopté. C'est une conséquence directe de ce principe énoncé par Javolenus (*fr.* 16, *h. t.*), que les titres de père et de fils adoptifs ne sont admissibles qu'entre personnes à qui ces titres pourraient naturellement appartenir. C'est en ce sens que l'adoption, comme le dit Justinien, imite la nature (*naturam imitatur*).

§ V.

Toutefois l'imitation n'est pas absolue; car pour adopter il n'est pas nécessaire d'avoir jamais été marié (*Paul. fr.* 30, *h. t.*); et même pour devenir l'aïeul adoptif d'une personne, il n'est pas nécessaire que l'on ait un fils en sa puissance. Le texte dit *quamvis filium non habeat*, parce que, dans l'adoption d'un petit-fils, l'adopté doit être supposé fils d'un enfant de l'adoptant. Or, on ne pourrait pas le supposer fils d'une fille, puisque les enfans d'une fille n'appartiennent jamais à la famille de l'aïeul maternel. On ne pourrait pas non plus supposer que la personne adoptée comme petit-fils des-

(1) Voyez *Caius*, 1 *inst.* 101 *et* 102; *Ulp.* 8 *reg.* 5. Quels motifs s'opposeient donc à l'adrogation des impubères, et surtout à celle des femmes? *Id magis placuit*, dit Caius, sans exposer d'autre motif. Heineccius (*elem. jur.* 179) dit que les impubères et les femmes étaient inadmissibles dans l'assemblée des comices où l'adrogation se faisait *per populum*. Cette supposition expliquerait d'une manière assez plausible comment, à l'époque où le prince eut seul l'autorité législative, l'adrogation des impubères et celle des femmes seraient devenues possibles *per principis rescriptum*, et cela dès le temps de Caius; *jam tempore Caii*, dit Heineccius, en s'appuyant sur le *fr.* 21, *de adopt.*, dans lequel Heineccius ne soupçonne aucune interpolation possible de Tribonien. Cependant il aurait suffi de consulter Ulpien (8 *reg.* 5), pour voir que ce dernier ne mettait pas l'adrogation des femmes et celle des impubères sur la même ligne. De son temps, l'une était déjà permise, et l'autre était encore défendue; de son temps, et à plus forte raison du temps de Caius, l'adrogation ne se faisait que devant le peuple (*per populum*); et aujourd'hui les Institutes de Caius ne laissent plus aucun doute sur les altérations que le texte du même auteur aura subies dans le *fr.* 21. *de adopt.*

(2) *Personæ publicæ, id est tabulario* (text. *hic*); *Servo publico* (*Ulp. fr.* 18, *h. t.*); voyez à cet égard l'explication du § 20, *de inutil. stipul.*

cend de l'adoptant par un fils antérieurement émancipé.

§ VII.

184. Celui qu'un père de famille adopte *in locum nepotis* devient le neveu de tous les enfans qui sont au premier degré dans la famille de l'adoptant, et le cousin de tous ceux qui occupent le second degré; car régulièrement si l'adoptant a des fils, aucun d'eux n'est réputé père de l'adopté. On pourrait cependant faire en sorte que la personne adoptée *in locum nepotis* fût considérée comme née du fils ou de l'un des fils que l'adoptant a sous sa puissance; mais il faudrait en faire une clause expresse de l'adoption. (*Procul. fr.* 44, *h. t.*)

C'est ainsi qu'est supposée faite l'adoption dont parle notre texte; et dans ce cas (*eo casu*) il faut obtenir le consentement du fils que l'on veut faire considérer comme père de l'adopté, et qui, en cette qualité, doit l'avoir en sa puissance au décès de l'adoptant; car, ainsi que nous l'avons déjà expliqué (129), ceux qu'un père de famille a sous sa puissance ne doivent jamais y être malgré lui. Tel est le sens de cette règle *ne ei invito*, etc. Ainsi lorsque le fils n'a pas consenti, l'adopté n'est considéré que comme son neveu, et ne retombe jamais en sa puissance. (*Paul. fr.* 10 et 11, *h. t.*) Du reste, le concours des autres membres de la famille est inutile, quoique l'adoption produise entre eux et l'adopté tous les effets d'une parenté réelle. (*Cels. fr.* 7, *h. t.*)

§ VIII.

185. L'adoptant acquiert sur l'adopté la même puissance qu'il aurait sur un enfant naturel, et il peut se dépouiller de cette puissance, soit en émancipant l'adopté, soit en le donnant à un nouveau père adoptif; mais alors il ne peut plus reprendre par une seconde adoption la puissance dont il se serait démis. (*Paul. fr.* 37, § 1, *h. t.*) Il en est autrement pour les enfans naturels, dont le retour dans la famille primitive peut toujours s'effectuer par adoption. (*Ulp. fr.* 12; *fr.* 15, § 1, *h. t.*)

Les effets de l'adoption ne sont pas restreints entre l'adoptant et l'adopté. Elle établit une parenté fictive qui produit tous les résultats d'une parenté réelle, non pas entre l'adopté et tous les parens de l'adoptant (V. *Julian. fr.* 26, *h. t.*), mais entre l'adopté et tous les membres de la famille de l'adoptant. (V. § 2, *de legit. agnat. success.*; *Paul. fr.* 23, *h. t.*; *fr.* 10, § 4, *de grad. et aff.*; *Ulp. fr.* 1, § 4, *unde cognat.*) A leur égard, l'enfant adoptif est assimilé en tout point aux enfans que l'adoptant aurait eus *ex justis nuptiis*; toutefois la fiction cesse dès que le lien de famille est rompu par l'émancipation de l'adopté. Celui-ci devient alors tout-à-fait étranger à l'adoptant et à sa famille. Par conséquent s'il est réputé fils de l'adoptant, ce n'est pas dans un sens absolu, mais seulement *in plurimis causis*, comme le dit ici notre texte.

186. Tout ce qui précède s'appliquait, avant Justinien, à tous les adoptés, et s'applique encore aux individus *sui juris* adrogés *per imperatorem*, et même au fils de famille adopté *per prætorem*, mais seulement lorsque ce fils de famille est un descendant de l'adoptant (*non extraneum*); car l'adoption faite par un étranger a été soumise par Justinien à des règles particulières, ainsi qu'on l'a vu sur le § 2.

§ IX.

Il est question maintenant de la capacité que certaines personnes ont pour adopter ou être adoptées. Sur ce § et les suivans, voyez *Ulp.* 8, *reg.* 5, 6, 7 et 8.

187. On a vu précédemment (128) que l'impuissance n'est pas un obstacle aux noces. Quant à l'adoption, on la permet expressément à ceux qui *generare non possunt*; ils peuvent adopter (*adoptare possunt*), et l'on n'excepte de cette règle qu'une seule classe d'impuissans, celle des castrats. Cette exception vient probablement de ce que chez ces derniers *tam necessaria pars corporis penitus absit* (*Paul. fr.* 7, *de ædil. edict.*), en sorte que le castrat, n'ayant plus les organes caractéristiques de la virilité, semble perdre avec eux son sexe et le titre de VIR. (V. 158.)

Vinnius (*hic*) et Pothier (*pand. just. I, VII*, 16) font entre les castrats et les spadons une autre distinction. Suivant eux, l'impuissance des castrats est perpétuelle; celle des spadons, au contraire, est temporaire et guérissable. Mais il y a tout lieu de croire qu'ici, comme dans la définition d'Ulpien (*fr.* 128, *de verb. sign.*), le mot spadon comprend tous les impuissans, et que les castrats sont des spadons qui *virilitatem*

amiserunt. (*Ulp. fr.* 4, § 2, *ad leg. cornel. de sic.*; V. *fr.* 6, § 2, *de ædil. ed.*; *Paul. fr.* 7, *eod.*)

§ X.

188. Les femmes n'ayant aucune puissance paternelle, même sur leurs propres enfans, ne peuvent point l'acquérir sur ceux qu'elles adopteraient. Aussi l'ancien droit les déclarait-il absolument incapables d'adopter. (*Caïus*, 1 *inst.* 104; *Ulp.* 8, *reg.* 9.). Cependant on a permis aux femmes de remplacer, par adoption et avec la permission du prince, les enfans qu'elles auraient perdus (*text. hic*); mais elles ne font toujours qu'une adoption imparfaite, car l'adopté ne change point de famille, quoiqu'il soit assimilé aux enfans que l'adoptante aurait eus d'un légitime mariage (1).

Quoiqu'un fils de famille ne puisse pas adopter, il peut cependant avoir des enfans adoptifs : tels sont ceux qui, avec son consentement, auraient été adoptés comme petit-fils ou petite-fille par le père de famille. (V. § 7, *h. t.*)

189. Un affranchi ne peut être adopté que par son patron (*Ulp. fr.* 15, § 3, *h. t.*), et seulement lorsque celui-ci n'a aucune postérité. (*Diocl. et Max. C.* 3, *h. t.*)

Un esclave ne peut être adrogé ni adopté par personne, puisqu'il n'est ni père ni fils de famille. Cependant lorsqu'il est adopté par son maître, cette faveur, sans lui conférer aucun droit de famille, a pour lui l'effet d'un affranchissement *text. hic*; (V. *Jan. a Costa, Vinnius*). Depuis Justinien, il n'est pas même nécessaire, pour obtenir ce résultat, d'employer toutes les formes de l'adoption; il suffit de donner à l'esclave le titre de fils *actis intervenientibus*, c'est-à-dire dans un acte public devant le magistrat.

TITRE XII.

DE QUELLES MANIÈRES SE DISSOUT LE DROIT DE PUISSANCE PATERNELLE.

PR.

190. Nous aurions maintenant à voir comment se dissolvent les deux puissances dominicale et paternelle; mais ce qui regarde la première se trouve déjà expliqué au titre cinq. Quant à la puissance paternelle, elle ne se dissout jamais par la simple volonté du père de famille, mais par des actes solennels, ou par des événemens accidentels indépendans de toute volonté. (*Diocl. et Max., C.* 3, *de emanc. lib.*) Enfin, dans le nouveau droit, Justinien a voulu que les fils de famille élevés à certaines dignités fussent libérés de la puissance paternelle. (V. § 4, *h. t.*)

Les accidens qui dissolvent cette puissance indépendamment de toute volonté sont la mort, la perte des droits de liberté ou de cité.

191. La mort d'un fils de famille fait cesser la puissance paternelle, mais uniquement par rapport à lui. La mort du père libère de sa puissance tous les enfans qui s'y trouvent soumis; chaque tête, dit Ulpien (*fr.* 195, § 2, *de verb. sign.*), forme alors une famille particulière (*singulas familias incipiunt habere*); chaque enfant devient à son tour père de famille et maître de maison (*singuli patrum familiarum nomen subeunt*). Ceci ne souffre aucune distinction pour les enfans du premier degré.

Il n'en est pas toujours de même à l'égard de tous les petits-enfans. Leur père, tant qu'il existe dans la famille, forme entre eux et l'aïeul un intermédiaire sous la puisance duquel ils retombent. Et en effet, la mort du chef ne rend *sui juris* que les personnes soumises à sa puissance immédiate; et les petits-enfans ne sont sous la puissance immédiate de l'aïeul que quand leur père a quitté la famille d'une manière quelconque. (*V.* 179, 200.)

§ Ier.

192. Nous avons vu précédemment que les droits de famille et la puissance paternelle sont exclusivement propres aux citoyens romains (§ 2, *de patr. pot.*); un étranger ne peut être soumis à la puissance d'un Romain, non plus qu'un Romain à celle d'un étranger. (*Ulp.* 10, *reg.* 3; *Caius*, 1, *inst.* 128.) Ainsi par cela seul qu'un père

(1) V. *Diocl. et Maxim. C.* 5, *h. t.* Ainsi l'adopté succède *ab intestat* à sa mère adoptive, comme il succéderait à un père adoptif étranger dans le cas du § 2; mais de plus, il aurait droit d'attaquer le testament fait à son préjudice par l'adoptante : c'est du moins ce qui résulte, selon moi, de la constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, et d'un texte d'Ulpien (*fr* 29, § 3, *de inoff. test.*). Pothier (*pand. just. V*, *VII*, 6) assure cependant le contraire, mais sans donner aucune preuve.

ou qu'un fils de famille perd la qualité de citoyen, il est considéré comme mort (*quasi eo mortuo*) pour tous les droits civils, et cette mort fictive produit tous les effets attribués ci-dessus à la mort naturelle; *deportatos enim mortuorum loco habendos*, dit Ulpien (*fr.* 1, § 8, *de bon. poss. cont. tab.*; V. *fr.* 63, § 10; *Paul. fr.* 65, § 12, *pro soc.*; § 7, *de soc.*).

Un citoyen romain perdait cette qualité lorsqu'on lui avait interdit le feu et l'eau, pour le forcer indirectement à s'expatrier. A l'interdiction du feu et de l'eau a succédé la déportation dans une île, espèce d'exil qui fait également perdre les droits civils. (*V.* § 2, *de capit. demin.*)

193. On peut les recouvrer lorsqu'on est rappelé par l'indulgence du prince. Ce rappel, nommé restitution, ne rend le titre de citoyen que pour l'avenir, sans rétablir les lieus de famille et les autres droits perdus par suite de la déportation. Pour que le père reprenne son ancienne puissance, et que les enfans rentrent dans leur ancienne famille, en un mot, pour que le déporté recouvre sa précédente condition (*pristinum statum*), il faut une concession expresse. (*Alex., Gord., Diocl. et Max. C.* 4, 6 *et* 9, *de sent. pass.*) Alors il y a restitution entière, *per omnia* (*text. hic*), *in integrum* (*Anton. C.* 1, *eod.*), comme si la déportation n'avait jamais existé (1).

§ II.

194. La relégation, différente en cela de la déportation, n'enlève aucun des droits civils (*text. hic*; *Marcian. fr.* 4, *de interd. et releg.*). Ovide, relégué, avait conservé le titre de citoyen; il le dit lui-même en parlant de l'édit d'Auguste :

Quippe relegatus. . . . . dicor in illo,
Nil nisi me patriis jussit abesse focis.
. . . .
Nec mihi jus civis, nec mihi nomen abest.

§ III.

195. Ce qu'on a dit pour la déportation est vrai, à plus forte raison pour la servitude; car la perte de la liberté entraîne celle de tous les autres droits. Le texte ne parle ici que des esclaves de la peine, mais c'est par forme d'exemple qu'il les cite : car la servitude, ainsi que nous l'avons déjà dit, s'établit encore dans plusieurs autres cas; et de quelque manière que l'on devienne esclave, on perd nécessairement avec la liberté les droits de cité et de famille (§ 1, *de cap. dem.*).

D'après le texte, on devient esclave de la peine quand on est exposé aux bêtes ou condamné aux mines (*in metallum*). En appliquant ici ce qu'on a dit précédemment (61), il faut observer que, d'après une constitution de Justinien (*nov.* 22, *cap.* 8), la condamnation aux mines n'est plus une cause de servitude.

§ V.

196. Tout prisonnier de guerre devient esclave, et tout esclave perd ses droits. Ce principe n'a jamais varié; cependant la question de savoir si la captivité du père aura dissous sa puissance ne se décide pas immédiatement : l'état des enfans est en suspens (*pendet jus liberorum*); et pour déterminer s'ils ont été fils de famille ou *sui juris*, il faut attendre le retour ou le décès du père. Au premier cas, le prisonnier, rentré dans son pays, est supposé n'en être jamais sorti, par conséquent n'être jamais tombé dans l'esclavage. Il reprend donc ses droits même pour le passé, ou, pour mieux dire, il les conserve sans les avoir jamais perdus, et ses enfans restent sous sa puissance. Telle est la conséquence d'une fiction admise sous le nom de *postliminium*, en faveur des prisonniers de guerre qui rentrent dans leur patrie. Si, au contraire, le prisonnier meurt chez l'ennemi, les enfans qu'il avait sous sa puissance en sont libérés; mais à compter de quelle époque? Sont-ils *sui juris* depuis la captivité du père, ou seulement depuis son décès? Cette question était encore douteuse au temps de Caïus (1 *inst.* 129); notre texte et celui de Tryphoninus (*fr.* 12, § 1, *de capt. et postl.*) la décident dans le premier sens, et cela sans

(1) *Paul.* 4, *sent.* 8, § 24. Les différentes éditions ne s'accordent pas toutes sur la ponctuation du texte que nous expliquons ici, en supposant la virgule placée après les mots, *per omnia*. Lorsqu'elle est après *fuerint* et avant *per omnia*, le texte présente mal à propos, selon moi, un sens différent. Toutefois, une constitution de Constantin (*C.* 1, C. Th. *de sent. pass.*) avait décidé, contre l'avis de Paul et d'Ulpien, mais conformément à l'opinion de Papinien, qu'au retour du déporté ses enfans rentreraient toujours sous sa puissance.

appeler à leur secours aucune espèce de fiction (1). En effet, la dissolution de la puissance du père à l'époque de sa captivité n'est qu'une conséquence naturelle de l'esclavage qu'il subit, et dont les conséquences ne sont effacées qu'en cas de retour.

La captivité d'un fils de famille suspend également la puissance paternelle (*text. hic.*), sans la dissoudre définitivement, parce que la fiction du *postliminium* s'applique également aux fils de famille.

197. Cette fiction a lieu dans tous les cas où le prisonnier revient, soit après avoir été repris sur l'ennemi (*text. hic in fin.*), soit en se rachetant ou en échappant d'une manière quelconque (*Florent. fr.* 26; *Pompon. fr.* 20, § 2, *de capt. et postl.*), pourvu qu'il ne revienne pas, comme Régulus, avec intention de retourner ensuite chez l'ennemi. (V. *Pomp. fr.* 5, § 3, *eod.*; 346, 349.)

Quant à l'étymologie du mot *postliminium*, je n'ai rien à joindre au texte.

§ IV.

198. Aucune dignité, si ce n'est anciennement celles de vestale et de flamine, ne pouvait soustraire les enfans à la puissance paternelle (*text. hic.*; *Ulp.* 10, *reg.* 5; *Caïus* 1, *inst.* 130). Justinien établit d'abord en faveur des patrices (*text. hic*) une exception peu importante, puisqu'il dit lui-même que le patriciat est rarement conféré à un fils de famille (*C. ult.*, *de consul.*); mais plus tard il a donné le même effet aux dignités d'évêque, de consul, en général à toutes les dignités qui dispensent des charges de la curie. (*Nov.* 81, *cap.* 1 *et* 2.)

199. Lorsqu'un fils de famille obtient une de ces dignités, la délivrance des patentes impériales (*codicillis præstitis*) le libère aussitôt (*illico*) de la puissance paternelle, et le rend *sui juris* sans le faire sortir de la famille, où il conserve tous ses droits. Aussi à la mort de son père, le fils reprend sous sa puissance ses propres enfans restés sous la puissance de leur aïeul, le tout comme si le dignitaire n'était devenu *sui juris* que par la mort de son père. (*Nov.* 81, *cap.* 2.)

200. Cette réserve expresse confirme ce principe général que, pour jouir des droits de famille, il faut être sous la puissance du *pater familias*, et y rester jusqu'à la mort de celui-ci. Le fils qui se sépare de son père, et qui, du vivant de ce dernier, devient chef ou sujet d'une autre famille, reste totalement étranger à celle qu'il a quittée, et de quelque manière qu'il en soit sorti, les enfans qu'il a laissés dans cette famille ne retombent jamais sous sa puissance (2), sauf l'exception accordée par Justinien aux dignitaires. Dans l'ancien droit, les flamines se trouvaient également libérés de la puissance paternelle sans diminution de tête. (*Caius*, 3 *inst.* 114.)

§ VI.

201. La simple volonté du père ne dissout pas sa puissance; il faut pour cela un acte solennel (*Diocl. et Max. C.* 3, *de em. lib.*). Autrefois on employait, ainsi que nous l'avons déjà répété, une ou plusieurs mancipations. De là est venu le mot d'émancipation; et ce mot, qui tenait à la forme de l'acte, a fini par désigner, indépendamment de cette forme, le but et l'effet de l'acte par lequel un père de famille se démet de sa puissance sur un enfant qui devient *sui juris*.

Tout ce qu'on a dit précédemment (174) sur les formes de l'adoption s'applique ici, sauf cette différence importante que les enfans sortis de la famille paternelle par une ou par trois ventes, ne sont pas revendiqués et adjugés comme fils de famille à l'acheteur, mais affranchis par lui. Alors, au lieu de passer sous sa puissance, ils deviennent *sui juris* (V. *Caius, inst.* 132, 134.) Telle est la forme à laquelle Justinien se réfère ici en disant que lorsqu'on observait l'ancienne loi, c'est-à-dire la loi des Douze-Tables, l'émancipation se faisait par des ventes fictives (*per imaginarias venditiones*), et par des affranchissemens intermédiaires (*intercedentes manumissiones*).

(1) On explique mal à propos cette décision par une fiction tirée de la loi Cornélia, fiction dont nous indiquerons ailleurs (566; § *ult.*, *quib. non est permiss.*) le véritable objet. Pour le moment il suffira d'observer que la loi Cornélia remonte à la dictature de Sylla, et que si elle avait été applicable à notre question, les doutes de Caius n'auraient jamais existé.

(2) A la mort de leur aïeul, ils deviennent *sui juris*, par cela seul que leur père *exiit de potestate* (*pr.*, *h. t.*). Les éditions vulgaires écrivent mal à propos *per emancipationem exiit*. Ces mots *per emancipationem* que rejette Cujas, ne se trouvent ni dans Théophile ni dans Caius.

Pour comprendre ces différentes formalités, il faut observer que les enfans mancipés par le père de famille ne passaient point précisément sous la puissance proprement dite de l'acheteur. La mancipation les mettait momentanément *servorum loco*, et l'acheteur les avait alors *in mancipio* (*Caius*, 1 *inst.* 117 *et* 123), c'est-à-dire qu'il acquérait sur eux un droit transitoire, semblable au droit que donne la puissance dominicale, et susceptible de se dissoudre, comme elle, par la manumission; et il se hâtait d'affranchir, pour les rendre *sui juris*, les personnes qu'on lui avait mancipés dans ce but (*Caius*, 1 *inst.* 138 *et* 141.) Ainsi la mancipation intervenait pour dénaturer la puissance paternelle et pour que l'acheteur eût *in mancipio* les personnes que le vendeur avait *in potestate*; en un mot, on substituait à un droit indissoluble un droit facile à dissoudre, et précisément pour le dissoudre par une prompte manumission.

202. Notre texte ajoute que l'émancipation se faisait aussi *ex rescripto principis*. En effet, les enfans qui, pour être mancipés dans la forme ordinaire et ensuite affranchis devant le magistrat, devaient nécessairement se trouver présens (*Caius*, 1 *inst.* 121; *Ulp.* 19, *reg.* 6), peuvent, d'après une constitution d'Anastase (C. 5, *de emancip. liber.*), devenir *sui juris* malgré leur absence. Il suffit alors que le père soit autorisé à cet effet par un rescript du prince, qu'il présente et dépose devant le magistrat compétent. Dans ce cas, les personnes qui deviennent *sui juris* sont réputées avoir été véritablement mancipées et affranchies : *quasi ex emancipatione manumissæ liberentur* (*d.* C. 5, *de em. lib.*).

Justinien, pour plus de simplicité, supprime totalement les formalités de la mancipation (*fictione pristina explosa*), et permet au père de se présenter avec ou même sans autorisation du prince (*recta via*) devant le magistrat compétent, pour s'y démettre de sa puissance. Dans ce cas, l'émancipation n'est plus qu'une déclaration par suite de laquelle un fils de famille devient *sui juris*, mais chose remarquable, cette émancipation conserve tous les effets qu'elle tenait de son ancienne forme, Justinien n'ayant rejeté que les solennités extérieures (*vana tantummodo observatione sublata*; C. 6, *eod.*)

203. Ainsi l'émancipé est toujours considéré comme un affranchi, et l'émancipant continue d'avoir sur les biens de son fils tous les droits d'un véritable patron (*text. hic*; *pr., de legit. parent. tut.*; § *ult.*, *de legit. agnat. succ.*). Toutefois la fiction qui assimile le père au patron n'est pas une conséquence directe de la mancipation et de l'affranchissement des enfans. Régulièrement ils étaient affranchis par l'acheteur auquel on les avait mancipés, et, dans ce cas, lui seul était considéré comme patron (V. § 3, *de bon. poss.*; *Ulp.* 11, *reg.* 5; *Caius*, 1 *inst.* 166); mais, au lieu de faire lui-même le dernier affranchissement, l'acheteur rémancipe au vendeur l'enfant que celui-ci a mancipé une ou trois fois. Par suite de ce rachat, l'ascendant n'est pas considéré comme père de famille, mais comme un acheteur étranger: la puissance paternelle n'existe plus; le père à qui l'on rémancipe ses propres enfans ne les a plus *in potestate*, mais *in mancipio*, et c'est en les affranchissant lui-même de ce dernier pouvoir qu'il devient leur patron. Pour arriver à ce résultat et pour assurer une rétrocession qui n'entre pas dans la nature ordinaire de la vente, il fallait une clause expresse dans la mancipation, qui alors était faite *contracta fiducia*; et c'est ainsi qu'elle est toujours réputée faite d'après la constitution de Justinien, indépendamment de toute réserve (§ *ult.*, *de legit. agn. succ.*; *d.* C. 6, *de em. lib.*)

Il n'est pas inutile d'observer ici, à l'égard des émancipés, qu'en cas d'ingratitude on peut les priver du bénéfice de l'émancipation, et les faire rentrer comme les affranchis, sous la puissance dont ils avaient été libérés. (*Valent.*, *Val. et Grat. C. de ingrat. lib.*)

§ VIII.

204. L'adoption proprement dite, en faisant passer l'adopté de la famille d'un père dans celle d'un autre, détruit à l'égard du premier le droit qu'elle transfère au second: toutefois ce double effet de l'adoption proprement dite est subordonné par Justinien à la distinction précédemment établie (176). En effet, l'on suppose ici un fils de famille adopté par son aïeul ou par son bisaïeul (*avo vel proavo naturali*), comme précédemment on a supposé (§ 8, *de adopt.*) que le fils de famille adopté *apud prætorem* était (*non extraneum*) un descendant de l'adoptant. Sans cela effectivement l'adop-

tion pourrait ne pas transmettre la puissance paternelle. (V. 840.)

205. Par suite du principe exposé ci-dessus, et auquel Anastase a dérogé pour l'émancipation (302), l'adoption ne peut avoir lieu qu'en présence de l'adopté (*præsente eo qui adoptatur*) ; et c'est une règle restée commuue aux émancipations comme aux adoptions, qu'elles ne peuvent jamais s'opérer malgré le fils de famille. (*Paul.* 2 *sent.* 25, § *ult.*) Cependant on n'exige pas un consentement formel ; il suffit que l'adopté présent (*præsente.... et non contradicente*) n'exprime point son opposition. (V. *Anast. C.* 5, *de em. lib.*)

§ VII.

Du reste, rien ne gêne la volonté du père de famille à l'égard des enfans qu'il affranchit ou retient en sa puissance selon que bon lui semble, sans que l'aïeul soit jamais obligé de consulter le père des petits-enfans qu'il voudrait émanciper ou donner en adoption (*text. hic*; § 7, *de adopt.*).

§ IX.

Réciproquement on ne peut jamais ou presque jamais (*ullo pene modo*) être forcé d'émanciper malgré soi les enfans naturels ou adoptifs qu'on a sous sa puissance. Il faut cependant remarquer plusieurs exceptions relatives, 1° à l'impubère donné en adrogation, et qui ensuite, parvenu à l'âge de puberté, démontrerait que l'adrogation ne lui est pas avantageuse (*Marcian. fr.* 33, *de adopt. et em.*) ; 2° aux enfans qui seraient maltraités par leur père (*Papin. fr. ult.*, *si a par. quis*). Une constitution de Théodose et Valentinien (*C.* 6, *de spect. et scen.*; *C.* 12, *de episc. aud.*) soustrait à la puissance dominicale et à la puissance paternelle la femme que son maître ou son père prostituent malgré elle.

206. L'état des enfans relativement à la famille paternelle se détermine d'après le temps de leur conception. Si l'épouse d'un fils de famille est enceinte à l'époque où celui-ci sort de la puissance de son père, l'enfant naîtra membre de la famille dans laquelle il a été conçu, c'est-à-dire de la famille de son aïeul. Pour appartenir soit à la famille de son père émancipé, soit à la famille adoptive dont celui-ci serait devenu membre, il faudrait que le petits-fils eût été conçu postérieurement à l'émancipation ou à l'adoption de son père (*text. hic*; V. *Ulp. fr.* 7, § 1, *de senat.*).

TITRE XIII.

DES TUTELLES.

PR.

207. Nous passons ici non pas, comme semble dire le texte, à une division nouvelle, mais seulement à une subdivision des personnes *sui juris* : après avoir vu comment les fils de famille sortent de la puissance paternelle, on examine quels sont les nouveaux droits des personnes qui sont devenues chefs de famille. A cet égard on les subdivise en trois classes ; car il y en a qui sont en tutelle, d'autres qui sont en curatelle, et d'autres enfin qui n'ont ni tuteur ni curateur.

C'est à raison de l'âge (*propter ætatem* ; § 1, *h. t.*), que certains pères de famille sont soumis à la tutelle, c'est-à-dire à un pouvoir protecteur (1) qui dure depuis l'époque où finit la puissance paternelle jusqu'à la puberté. Dans cet intervalle de temps, les impubères *sui juris* prennent le titre de pupilles (*Pompon. fr.* 239, *de verb. signif.*), titre qui, avant l'époque de la naissance, ne s'applique jamais à l'enfant conçu (*Ulp. fr.* 161, *eod.*).

§ I ET II.

208. Le pupille, à raison de la faiblesse de son âge, est rarement capable d'agir, plus rarement encore de discerner le mérite et l'utilité de ses propres actes. Il est donc nécessaire qu'un autre dirige ses actions. Tel est le but général de la tutelle (§ 9, *de atil. tut.*) ; et si l'on en croyait Heineccius (*elem. jur.* 203), ces deux mots de notre texte, VIS et POTESTAS, indiqueraient ici le double pouvoir confié au tuteur, d'agir par lui-même indépendamment du pupille, et de valider par son autorisation certains actes du pupille qui sans cela resteraient inutiles. (V. *pr.*, *de auct. tut.*; *Pothier*, *pand. just. XXVI, I,* 1). Mais,

(1) *Tutores quasi tuitores atque defensores* (§ 2, *h. t.*).

d'après une interprétation plus vraisemblable, ces deux mots n'offriraient ici qu'une simple redondance, comme dans cet autre texte : *Scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem* (*Cels. fr.* 17, *de legib.*).

La tutelle existe sur une tête libre (*in capite libero*), c'est-à-dire sur un individu libéré de la puissance paternelle; car les fils de famille n'ont pas de tuteur.

La tutelle n'étant donnée (*ad tuendum*) que pour défendre et protéger le pupille, est toute en faveur de ce dernier; en cela elle diffère de la puissance paternelle, qui ne laisse au fils de famille aucune propriété particulière, et fait de sa personne même la chose du père. Le pupille placé sous la direction d'un tuteur n'en reste pas moins *sui juris* : ses biens ne profitent qu'à lui seul; et s'il est vrai que le tuteur exerce quelquefois les droits du pupille, c'est toujours dans l'intérêt de ce dernier qu'il agit. Enfin le pupille *in domo dominium habet*, suivant l'expression d'Ulpien (*fr.* 195, § 2, *de verb. sign.*); et c'est là, ainsi que nous l'avons déjà vu (111), ce qui caractérise le *pater familias*.

209. La tutelle ne peut être donnée que par la loi, ou du moins avec sa permission (*jure civili data aut permissa*). De là deux espèces de tutelles, l'une appelée testamentaire et l'autre légitime, parce que la première est déférée par le testament avec la permission de la loi, et l'autre par la loi même. A cette tutelle s'en est ensuite jointe une troisième, que certains magistrats donnent conformément aux dispositions d'un droit plus récent que la loi des Douze-Tables, à laquelle remontent les tutelles testamentaire et légitime (*pr. et* § 2, *de legit. agnat. tut.*; *pr. de legit. patr. tut.*) Ceux à qui la tutelle est déférée par les magistrats se nomment vulgairement tuteurs datifs, et dans les textes, tuteurs atiliens. (*V.* le titre, *de atil. tut.*)

§ III.

210. La loi des Douze-Tables, dans une disposition qu'Ulpien nous a conservée(1), déclare que le testament du père de famille fera loi relativement aux biens qu'il laisse, et relativement à la tutelle de sa chose, c'est-à-dire la tutelle des enfans soumis à sa puissance. Cette faculté de donner un tuteur à certaines personnes suppose nécessairement qu'elles seraient dans le cas d'en recevoir : or, les fils de famille ne sont pas dans ce cas tant qu'ils restent sous la puissance paternelle; aussi la nomination d'un tuteur testamentaire ne produit-elle son effet qu'à la mort du testateur. Cette nomination, comme le testament dont elle fait partie, résulte d'une volonté qui fait loi pour le temps où le testateur n'existe plus. (V. *Modest. fr.* 1, *qui test. fac.*) Alors les fils et les filles du défunt deviennent tous *sui juris*; et ceux qui n'ont point encore l'âge de puberté sont pupilles et par conséquent en tutelle. Il en serait de même pour tous les autres impubères soumis à la puissance du testateur, si les petits-fils et petites-filles devenaient toujours *sui juris*. Pour savoir si l'aïeul peut leur nommer un tuteur, il faut donc, en appliquant ici une distinction précédente (191; *pr., quib. mod. patr. pot.*), examiner si au décès de l'aïeul les petits-enfans qu'il avait sous sa puissance ne retombent pas sous la puissance de leur père.

(1) UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUÆ REI, ITA JUS ESTO. (*Ulp.* 11 *reg.* 14.)

§ IV.

211. Ce qu'on vient de dire concerne les enfans nés, et ne s'applique pas directement aux enfans à naître après la mort du testateur. Ces derniers se nomment posthumes (*Ulp. fr.* 3, § 1, *de injust. rupt.*), et notre texte permet aussi de leur donner un tuteur testamentaire; mais il se fonde sur ce motif spécial, qu'en plusieurs autres cas les posthumes sont considérés comme déjà nés, *pro jam natis habentur*.

212. Leur état dans la famille paternelle ne peut pas être douteux; il est déterminé dès l'instant de la conception (§ 9, *quib. mod.*); et lorsqu'ils doivent naître *sui juris*, il paraîtrait tout simple de leur donner un tuteur pour cette époque, sans qu'il soit nécessaire de les considérer comme déjà nés, tandis qu'ils ne sont que conçus. Cette fiction ne fait pas commencer la tutelle un instant plus tôt; car il n'y a pas de pupille dans le sein maternel. (*Ulp. fr.* 161, *de verb. signif.*) Cependant, c'est parce qu'on les répute déjà nés, que notre texte permet de leur donner un tuteur; et, comme il s'agit ici de le donner par testament, il importe d'examiner si les posthumes peu-

vent être l'objet d'une disposition testamentaire. Ils ne le pouvaient pas dans l'ancien droit, parce que les posthumes sont au nombre des personnes incertaines (V. 25, 26 *et* 27 *de leg.*); mais pour valider plusieurs dispositions testamentaires que le père de famille était dans le cas de faire à leur égard, on crut devoir considérer les enfans conçus comme déjà nés, et cela sous plusieurs rapports (*in compluribus.... causis*): par exemple, dans le cas où le père de famille voudrait les instituer ou les déshériter. (*V.* § 1 *et* 2, *de exhered. lib.*) Pareillement ici (*et in hac causa*), la même fiction permet de donner un tuteur aux posthumes que l'on suppose nés du vivant de leur père (*vivis parentibus*), et qui, dans cette supposition, se trouveraient *in potestate eorum* (1).

§ V.

213. De ce qui précède résulte cette règle générale, que le tuteur testamentaire ne peut être donné qu'aux enfans existans sous la puissance du testateur à l'époque de sa mort, ou à ceux qui s'y seraient trouvés, si celui-ci avait vécu plus long-temps (*Scævol. fr.* 73, § 1, *de reg. jur.*). Cependant le tuteur nommé au fils émancipé doit être nécessairement confirmé par le magistrat, et cela sans examen (*sine inquisitione*). Cette confirmation est justement ce qui prouve ici l'insuffisance de la nomination faite par le testateur; car les tuteurs qu'il aurait droit de nommer, n'ont pas besoin d'être confirmés. Aussi le tuteur qu'un père donne à son fils émancipé n'est-il point encore tuteur; seulement, comme le père est toujours présumé connaître et prévoir mieux que personne l'intérêt de ses enfans, la personne désignée par lui reçoit du magistrat le titre et les droits que le père a désiré, mais n'a pu lui conférer. Le choix du père est donc en ce cas une indication plutôt qu'une nomination; en effet la tutelle, considérée comme dative plutôt que comme testamentaire (2), n'est réellement déférée que par la confirmation. (*Alex. C.* 2, *de confirm. tut.*)

214. Outre l'ascendant émancipateur, le père naturel, la mère, le patron et même les étrangers, peuvent aussi par testament faire un choix susceptible d'être confirmé, lorsqu'en instituant le pupille héritier, ils lui ont ainsi donné la preuve d'une affection sincère (*Paul. fr.* 4; *Modest. fr.* 1, § 1, *de confir. tut.*; *fr.* 4, *de test. tut.*; *Anton. C.* 2, *de test. tut.*); mais dans ce cas même, le tuteur par eux choisi ne se confirme jamais qu'en connaissance de cause et après examen. (*Modest. fr.* 1, § 2, *de confirm. tut.*) Au surplus, cette faculté de confirmer un tuteur s'étend à tous les cas où sa nomination serait nulle, soit à raison des personnes par qui et pour qui le tuteur a été nommé, soit à raison de la forme dans laquelle la nomination serait faite (*de fr.* 1, § 1, *eod.*)

TITRE XIV.

QUELS TUTEURS ON PEUT NOMMER PAR TESTAMENT.

215. Nous venons de voir à qui et par qui peuvent être donnés les tuteurs testamentaires, et l'on a dû remarquer dans le titre précédent (§ 4) que, pour décider cette question, il faut quelquefois remonter aux principes qui régissent les dispositions testamentaires. Ces mêmes principes ont une influence plus directe encore sur le choix du tuteur, et sur la manière dont sa nomination peut être modifiée; en sorte que la tutelle testamentaire est soumise en ce point à des règles particulières, qui sont l'objet du présent titre. On examine d'abord quelles personnes peuvent être appelées à cette tutelle.

216. Ce sont, disent Paul (*fr.* 21, *de test. tut.*) et Ulpien (11 *reg.* 16), les personnes avec qui le testateur a faction de testament, c'est-à-dire celles à qui celui-ci pourrait laisser par testament une chose qu'ils acquerraient pour eux ou pour autrui. (V. § 4, *de hered. qual.*) Il faut de plus que la personne désignée soit capable des charges publiques, car la tutelle en est une. (V. *pr.*, *de excus.*) Aussi les femmes étaient exclues de la tutelle, à moins que,

(1) Par opposition aux posthumes externes qui ne naîtraient pas sous la puissance du testateur, et ne pourraient pas même être institués par lui. (*Caius*, 1 *inst.* V. § 16 et 28, *de legat.*; *pr.*, *de bon. poss.*).

(2) *Voy.* Ulpien, *fr.* 3, § 1, *de testam. tut.*; Pothier, *pand. just.* XXVI, II. 10. *Voyez* le § 16 *de excus.*, le *pr.*, *de satisdat.*, et leur explication 394, 287.

par une concession spéciale, le prince n'accordât à une mère la tutelle de ses enfans. (*Nerat. fr.* 18, *de tut.*)

PR.

217. On a faction de testament avec les fils de famille (§ 4, *de hered. qual.*); ils sont susceptibles de remplir les charges publiques, et sous ce rapport même, on les considère comme *sui juris* (*Pompon. fr.* 9, *de his qui sui*). Ils sont donc, ainsi que les pères de famille, susceptibles d'être nommés tuteurs, soit par un particulier dans son testament (*text. hic.*), soit par les magistrats (V. *Ulp. fr.* 7, *de tut.*). Soumis à la puissance paternelle, un fils de famille serait incapable d'avoir sur un individu quelconque cette même puissance; mais rien n'empêche de lui confier une puissance différente, comme celle du tuteur sur le pupille.

§ I.

218. Un esclave n'est capable d'aucune charge publique, et tant qu'il reste esclave, il ne peut être appelé par personne aux fonctions de tuteur (V. *Diocl. et Maxim, C.* 7, *qui dar. tut.*); mais comme on peut dans le même testament nommer un tuteur et affranchir ses esclaves, le testateur peut déférer la tutelle à son propre esclave (*cum libertate*), lorsqu'il lui donne en même-temps la liberté.

Il n'est pas même nécessaire qu'on la lui donne expressément; car en le nommant tuteur, son maître est censé avoir tacitement voulu l'affranchir; et conformément à la décision prise par Justinien (85, § 2, *qui et ex quib. caus.; pr., de hered. inst.*), cette volonté suffit pour donner à l'esclave la liberté directe, c'est-à-dire pour le rendre libre en vertu du testament même, sans aucune autre manumission (1). Il en serait autrement si le testateur, en donnant la tutelle à un de ses esclaves, l'avait cru libre (*text. hic.*); car on ne peut lui supposer, dans ce cas, l'intention d'affranchir un homme qu'il ne considère pas comme esclave.

219. Quant à l'esclave d'autrui, la tutelle ne peut lui être déférée purement et simplement pour le temps de la mort du testateur, parce que la disposition d'un étranger ne lui confère pas la liberté; on ne peut donc lui donner la tutelle que pour l'époque où il sera libre (*cum liber erit*). Mais cette condition a-t-elle besoin d'être exprimée? Lorsque le testateur a connu l'incapacité actuelle du tuteur par lui nommé, on doit présumer qu'il a disposé pour le temps où sa volonté pourra produire son effet, c'est-à-dire, à l'égard de l'esclave d'autrui, *cum liber erit*; et cette condition se sous-entend, à moins que les circonstances ne prouvent une volonté évidemment contraire. (*Valer. et Gall. d. C.* 9, *de fideic. lib.*) Si la nomination de l'esclave d'autrui peut être frappée de la nullité que notre texte attache à la nomination pure et simple, c'est donc seulement lorsque le testateur aura voulu nommer pour l'instant même de sa mort; et comme cette volonté ne résulte pas du silence gardé dans le testament, elle doit être démontrée par des circonstances exclusives de la condition tacite que, sans cela, on présume toujours. (*Vinnius*, *hic*; V. *Pothier*, *pand. just. XXVI, II*, 8.) On va même plus loin: car on suppose encore au testateur l'intention de donner à l'esclave d'autrui la liberté telle qu'il peut la lui donner, c'est-à-dire la liberté fidéicommissaire, en sorte que l'héritier soit chargé d'affranchir cet esclave aussitôt qu'il aura pu l'acquérir. (*Ulp. fr.* 10, § 4, *de test. tut.*; *Valer. et Gall. C.* 9, *de fideicom. liber.*; V. § 2, *de sing. reb.*)

Si le testateur nommait son propre esclave (*cum liber erit*) pour le temps où il deviendra libre, la nomination serait nulle; car un semblable délai indique assez que la manumission n'est plus dans l'esprit du testateur une conséquence nécessaire de la tutelle qu'il donne. On ne peut donc lui supposer l'intention tacite d'affranchir (*text. hic in fin.*).

(1) *V.* § 2, *de sing. reb.* Avant Justinien, cette volonté tacite n'aurait pas eu l'effet d'un affranchissement direct. Il n'en serait résulté qu'un fidéicommis, par suite duquel les héritiers du testateur auraient été obligés d'affranchir l'esclave. (*Valerian. et Gall. C.* 9, *de fideicom. libert.*) A la vérité, d'après une réponse de Paul (*fr.* 32, § 2, *de test. tut.*), la liberté aurait été pour l'esclave du testateur une conséquence directe de la disposition qui lui défère la tutelle; mais sans prétendre que le texte du jurisconsulte a subi aucune altération, on peut croire, d'après Justinien lui-même (*pr. de hered. inst.*), que Paul adoptait la décision d'Atilicinus, décision préférée depuis par Justinien, à l'opinion générale que Valérien et Gallien suivent dans leur constitution.

§ II.

220. Ce qu'on a dit des esclaves s'applique aux autres personnes dont l'incapacité peut cesser, et par exemple aux fous, aux mineurs de vingt-cinq ans. Le testateur est censé les avoir nommés pour le temps où ils auront recouvré la raison, ou atteint l'âge requis (*text. hic; Paul. fr.* 11, *de tut.; Ulp. fr.* 10, § 3, *de test. tut.*). Dans l'intervalle, le magistrat donne un autre tuteur (§ 1, *de atil. tut.*), pourvu toutefois que le mineur de vingt-cinq ans, appelé à la tutelle testamentaire, puisse atteindre cet âge avant la puberté du pupille ; car autrement la nomination faite par testament serait inutile, et il y aurait lieu à tutelle légitime. (*Vinnius, hic;* V. 226.)

On vient de voir quelles personnes peuvent être nommées tuteurs par testament; nous allons examiner maintenant de quelle manière la nomination peut être faite.

§ III.

221. D'après le principe établi par la loi des Douze-Tables (*uti legassit, ita jus esto*), le testament dépend tout entier de la volonté du père de famille, qui peut, en général, modifier l'effet de ses dispositions, soit en les faisant ou cesser (*ad certum tempus*), ou commencer (*ex certo tempore*) à une époque déterminée, soit en les subordonnant par une condition (*sub conditione*) à un événement incertain. (V. § 9 *et seq., de hered. inst.*) La tutelle déférée par le père de famille est une disposition testamentaire, susceptible, comme telle, d'être donnée à terme, ou sous condition (*text. hic; Ulp. fr.* 8, § 2, *de test. tut.*), ainsi qu'on a déjà pu l'apercevoir dans ce qu'on a dit relativement à l'esclave d'autrui, relativement aux fous et aux mineurs de vingt-cinq ans, qui sont nommés ou réputés nommés pour l'époque où ils auront cessé d'être incapables. (V. § 1 *et* 2, *h. t.*)

Notre texte ajoute que la nomination du tuteur testamentaire peut être faite avant l'institution d'héritier (*vel ante heredis institutionem*). Cette institution forme l'essence de tout le testament qui sans elle n'existerait pas. Autrefois les dispositions testamentaires écrites avant l'institution d'héritier restaient nulles. Cette rigueur, abolie par Justinien (§ 34, *de legat.;* V. 734), n'avait point paru devoir s'appliquer à la nomination d'un tuteur; telle était du moins l'opinion des Proculéiens. (*Caius,* 2 *inst.* 231.)

§ IV.

222. Les soins du tuteur s'étendent à la fortune et aux biens du pupille, mais seulement par suite de la protection qu'il doit à la personne; car les biens ne sont pas en tutelle (*personæ non rei vel causæ tutor datur*); et le testateur, qui peut choisir le tuteur à son gré, ne peut changer la nature et l'objet des pouvoirs qu'il lui confère. Il changerait l'un et l'autre s'il restreignait la tutelle à une chose, à une affaire déterminée, ou s'il en exceptait, soit une chose, soit une affaire quelconque. Dans ce cas, la nomination serait totalement nulle : *tota datio nihil valebit*, dit Pomponius (*fr.* 13, *de test. tut.*). On peut cependant nommer un tuteur pour tout le patrimoine d'une province (*Ulp. fr.* 15, *eod.*), lorsque les biens du pupille sont dispersés en différens pays; mais alors la division porte sur l'administration de la tutelle, plutôt que sur la tutelle même. (*Vinnius, hic*, V. 284.)

De ce que le tuteur est donné à la personne, il n'en résulte pas que le pupille soit remis au tuteur et confié à sa garde. C'est le magistrat qui, d'après les circonstances et pour la plus grande sûreté de l'impubère, décide chez qui ce dernier habitera, par qui et de quelle manière il sera nourri, élevé et instruit, le tuteur restant alors chargé de payer la dépense. (*Ulp. fr.* 1, 3 *et* 5, *ubi pupil.*) Ce n'est donc pas à la personne physique, mais plutôt à la personne civile que le tuteur est donné, pour suppléer au défaut de capacité du pupille, pour le diriger dans les obligations, les aliénations qu'il consent, et autres actes semblables. En effet, nous verrons (*pr. et* § 1, *de auct. tut.;* § 2, *quib. alien.*) que la volonté du pupille peut acquérir, par le concours du tuteur, une force que cette volonté n'a point par elle-même.

§ V.

223. Il s'agit moins ici d'un principe invariable que d'une règle d'interprétation subordonnée aux circonstances qui pourraient servir à interpréter les expressions du testateur. (V. *Paul. fr.* 59, *de rit. nupt.; fr.*

84, *de verb. signif.; Pompon., Callistr. fr.* 122, 220, *eod.; Julian. fr.* 201, *eod.; fr.* 14, *de sc. maced.; Ulp. fr.* 5, 6 et 16, *de test. tut.*).

TITRE XV.

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES AGNATS.

PR.

224. Après avoir autorisé le père de famille à régler par son testament la tutelle des héritiers siens, la loi des Douze-Tables prévoyant le cas où il mourrait intestat, défère cette tutelle au plus proche agnat (*text. hic; § ult., de cap. dem.*). Il faut donc examiner ici dans quel cas le père de famille meurt intestat, et quels sont les agnats d'un pupille.

§ II.

225. On appelle en général intestat le défunt qui ne laisse point de testament ou dont le testament reste sans effet (*pr., de hered. quæ ab intest.*); mais ici la loi des Douze-Tables entend parler de l'individu mort sans avoir testé sur la tutelle, encore qu'il laisse un testament relatif à d'autres points. On est donc intestat lorsqu'on n'a point nommé de tuteur, ou lorsque la nomination reste sans effet par le prédécès du tuteur (*text. in fin.*). Dans ces deux cas, le défunt est intestat quant à toute la tutelle; si, au contraire, le tuteur nommé décède après le testateur, ce dernier est encore intestat, non pour toute la tutelle, mais pour le temps qui reste à courir jusqu'à la puberté du pupille, et cette fin de tutelle appartient encore aux agnats. (*Paul. fr.* 6, *de legit. tut.*)

226. Il en est autrement lorsque l'effet de la nomination testamentaire se trouve suspendu jusqu'à l'événement d'un terme ou d'une condition : cet intervalle est rempli par la tutelle dative; et tant qu'il est possible d'espérer un tuteur testamentaire, on n'admet point les tuteurs légitimes. (*Ulp. fr.* 11, *de test. tut.*) Effectivement, on ne peut pas dire ici que le père de famille soit intestat; car il en est de la tutelle comme de l'hérédité, que la loi des Douze-Tables défère aussi *ab intestat*, mais après qu'il est devenu certain qu'elle ne pourra jamais être déférée par testament. C'est alors seulement que le défunt est reconnu intestat : *tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur* (§ 6, *de legit. agn. success.*).

§ I.

Justinien donne ici, d'après Caïus (1 *inst.* 156; *fr.* 7, *de legit. tut.*), la définition des agnats.

227. Sont agnats entre eux, dit-il, les parens (*cognati*) qui tiennent l'un à l'autre par des personnes du sexe masculin, comme deux fils d'un même père; chacun d'eux est agnat de son frère, des enfans de son frère et des petits-enfans qui en descendent par mâles. Réciproquement, ces derniers ont pour agnats le frère paternel de leur père (*patruus*), les enfans de ce dernier, les petits-enfans qui descendent de lui par mâles, et ainsi de suite. A ces exemples on oppose celui des parens qui, tenant l'un à l'autre par un ou plusieurs ascendans du sexe féminin, ne sont point agnats; ils sont parens ou cognats (*cognati*), parce qu'ils descendent d'une souche commune, *quasi ex uno nati..., quia commune nascendi initium habuerint*, dit Ulpien d'après Labéon (*fr.* 1, § 1, *unde cogn.*). A ce titre, les agnats sont également cognats; mais leur commune origine offre un caractère particulier : elle est toute masculine; ils sont cognats de père en père (*quasi a patre cognati*). Ainsi les agnats sont donc tous cognats entre eux, mais les cognats ne sont pas toujours agnats. La cognation ou parenté simple diffère de l'agnation comme le genre diffère d'une espèce. (*Paul.* 4 *sent.* 8, § 14; *fr.* 10, § 4, *de grad. et aff.*).

Revenons à notre texte et aux exemples qu'il donne : *Amita* est la sœur paternelle de mon père, comme *patruus* en est le frère paternel (§ 3, *de grad. cogn.*); l'un et l'autre sont agnats de mon père et de moi. L'agnation s'étend même aux enfans de mon oncle paternel (*patrui filius*), mais elle s'arrête dans la personne de ma tante : son fils (*amitæ filius*) n'est pas mon agnat, et réciproquement (car les liens de parenté sont réciproques) je ne suis pas le sien. Mais pourquoi cette distinction entre les enfans de mon oncle et ceux de ma tante, de ma sœur ou de toute autre parente? C'est répond notre texte, parce que ces derniers *patris non matris familiam sequuntur*.

Il existe donc un rapport direct entre l'agnation et la famille; pour mieux le saisir, complétons les notions exposées ci-dessus (111).

228. Nous avons, d'après Ulpien (*fr.* 195, § 2, *de verb. signif.*), distingué deux espèces de famille, dont l'une (*domus*) moins étendue que l'autre se compose de plusieurs personnes soumises à la puissance d'un seul chef. Maintenant, supposons ce chef mort, et occupons-nous des enfans devenus *sui juris*. Chacun d'eux est chef de sa maison, ou père de famille, *singulas familias incipiunt habere, singuli enim patrum familiarum nomen subeunt;* cependant toutes ces familles particulières ne forment encore qu'une seule famille (*tamen omnes recte ejusdem familiæ appellabuntur*); et cette famille générale n'est réellement que la famille primitive continuée entre les individus qui *sub unius potestate fuerunt.* Cette puissance éteinte, les propriétés ne sont plus confondues en une seule; le lien primitif est relâché, mais il n'est pas rompu, et les membres d'une même famille ont encore un titre commun : ce titre est celui d'agnat; car la famille générale n'est que la réunion des agnats. Dans ce sens, *communi jure*, dit Ulpien, *familiam dicimus omnium agnatorum.*

229. Il est aisé de concevoir maintenant pourquoi les enfans ne sont jamais agnats, ni de leur mère, ni des parens de celle-ci; c'est, d'après Caïus et Justinien lui-même (*text. hic, in fin.*), parce que *patris non matris familiam sequuntur.* Puisque la famille ne se continue que par les mâles, c'est donc uniquement dans leur descendance qu'il peut se trouver des agnats; mais cette descendance, considérée comme cause de l'agnation, n'en est que la cause éloignée; car c'est l'unité de famille qui seule constitue l'agnation entre ceux qui *familiam sequuntur.* En un mot, sont respectivement agnats, d'après les expressions de Paul (*fr.* 10, § 2, *de grad. et aff.*) et d'Ulpien (11 *reg.* 4), les parens qui sont *ex eadem familia* ou *ejusdem familiæ.*

§ III.

230. Effectivement, les parens par mâles ne sont pas toujours agnats, car l'agnation vient souvent à se dissoudre (*text hic*): et alors deux frères paternels seraient toujours frères, toujours parens ou cognats; mais, quoique fils et toujours fils du même père, ils ne seraient plus agnats. Ce titre n'est donc pas entre eux la conséquence d'une origine qui ne change ni ne peut changer. Cette origine ne produit qu'une cognation ou parenté simple, qui ne se dissout pas aussi facilement que l'agnation, comme on le verra dans le titre suivant, et spécialement sur le § 3.

TITRE XVI.

DE LA DIMINUTION DE TÊTE.

231. Puisque les agnats, ainsi qu'on vient de le voir, sont les membres d'une même famille, ils doivent perdre ce titre quand ils changent de famille, et c'est précisément ce que dit Paul (*desinunt esse, familia mutati*; *fr.* 7, *de cap. min.*). Le même jurisconsulte (*fr.* 3 *et* 11, *eod.*) nous apprend également qu'il y a diminution de tête pour telles ou telles personnes *cum familiam mutaverint*, et en général *cum familia mutatur.* Ainsi, quel que soit le sens littéral d'un terme aussi nouveau que celui de *diminution de tête*, et sauf à l'expliquer ensuite (1), nous pouvons, en considérant ici la chose et l'effet qu'elle produit, nous arrêter à cette idée que la diminution de tête consiste dans un changement de famille. Cela suffirait quant aux droits d'agnation; mais un citoyen romain peut, en quittant sa famille, conserver ou perdre sa place dans la cité; en perdant celle-ci, il peut également conserver ou perdre le rang d'homme libre. Aussi considère-t-on dans la diminution de tête trois degrés. Elle est complète (*maxima*) lorsqu'un individu perd à la fois tous ses droits de liberté, de cité et de famille. Celui qui, en perdant les droits de cité et de famille, conserve la liberté, subit une diminution de tête beaucoup moindre : elle tient le milieu (*media*) entre la précédente et celle où, restant libre et citoyen, on change simplement de famille. Dans ce dernier cas, la diminution de tête est (*minima*) la plus petite de toutes.

Telle est, sur ce point, la doctrine de Paul. (V. *fr.* 11, *de cap. min.*) Voyons comment elle concorde avec notre texte.

(1) *Voyez* ci-après n° 239. *Voyez* aussi, sur cette matière, la dissertation insérée dans la *Thémis*, t. III, p. 171.

PR.

232. D'après la définition que Justinien donne ici et au Digeste (*fr.* 1, *de cap. min.*), la diminution de tête serait un changement d'état. Caïus (1 *inst.* 159) avait dit *capitis mutatio*. Nous reviendrons au § 3 sur cette définition. Du reste, nous retrouvons ici les trois diminutions de tête, grande, moyenne et petite. (V. *Ulp.* 11, *reg.* 10.)

§ I et II.

233. Ici, comme dans Paul et dans Ulpien (11 *reg.* 11), la grande et la moyenne diminutions de tête supposent également la perte du droit de cité, et se distinguent entre elles par une différence relative au droit de liberté, qui se perd dans un cas et se conserve dans l'autre. Quant à la famille, Justinien n'en parle pas, non plus que Caïus (1 *inst.* 160, 161) et Ulpien (11 *reg.* 11, 12), sans doute parce que la perte des droits de famille, étant commune à toutes les diminutions de tête, n'ajouterait rien au caractère distinctif de chacune. Effectivement, c'est la perte du droit de cité que les jurisconsultes examinent d'abord; et, soit que cette perte concoure ou non avec celle de la liberté, ils isolent de toute autre diminution de tête celle qui arrive *salva civitate*. (*Ulp. fr.* 2, *de legit. tut. Paul. fr.* 5, § 2, *de cap. min.*)

Du reste, la perte des droits de famille est une conséquence inévitable de la grande ou de la moyenne diminution de tête, par suite desquelles on est réputé mort pour tous les droits civils (192).

234. Nous avons expliqué précédemment dans quels cas on cesse d'être libre; il suffit de recourir à ce qu'on a dit plus haut sur le § 4, *de jur. pers.* Relativement au droit de cité, nous avons également parlé de la déportation et de la relégation (§ 1 *et* 2, *quib. mod.*). L'interdiction du feu et de l'eau n'était, dans l'ancien droit, qu'un moyen indirect d'obliger un citoyen à quitter sa patrie en s'exilant d'une cité où il ne pouvait plus obtenir les choses nécessaires à la vie. (*Vinnius*, *hic.*)

§ III.

235. Tous les textes s'accordent avec celui de Paul pour répéter que, malgré la petite diminution de tête, chacun reste libre et citoyen; que cependant il s'opère un changement sur l'existence, et sur les effets duquel on s'accorde encore : mais, lorsqu'on veut en préciser la cause et l'objet, une divergence apparente commence à se manifester : suivant Paul (*familia* TANTUM *mutatur*), c'est un changement de famille; suivant Ulpien (*status* DUNTAXAT *mutatur*), c'est un changement d'état, et telle est aussi la définition de Caïus (1 *inst.* 162) adoptée ici par Justinien. Ainsi le changement qui s'opère dans la petite diminution de tête porte sur un objet toujours unique et toujours pris par opposition à la liberté et à la cité. On le nomme tantôt *familia*, tantôt *status*; n'en faudrait-il pas conclure que ces deux mots n'ont ici qu'une seule et même signification? Il est certain du moins qu'après avoir parlé du changement d'état, Caïus et Ulpien, dans les exemples qu'ils citent, nous montrent toujours des changemens de famille. Tel est entre autres le cas d'adoption : l'adopté est *capite minutus*, comme l'émancipé (*Modest. fr.* 4, § 10, *de grad. et aff.*); cependant l'adopté ne devient pas *sui juris*; il est toujours fils de famille, mais fils d'une autre famille.

236. Le changement d'état, dans le sens d'Ulpien et de Caïus, ne suppose donc pas une mutation nécessaire entre les qualités opposées de père et de fils de famille. Justinien seul a fait naître cette idée par la manière dont il a changé le texte de Caïus (1 *inst.* 162) : il y a diminution de tête, dit l'empereur, lorsqu'une personne *sui juris* tombe sous la puissance d'autrui, et cela est vrai (238); mais il étend le même résultat au cas inverse (*vel contra*), ce qui comprendrait tous les fils de famille devenus *sui juris* d'une manière quelconque; et alors la proposition généralisée se trouve fausse : en effet, les fils de famille subissent la petite diminution de tête sans devenir *sui juris*, non-seulement lorsqu'ils sont donnés en adoption proprement dite, mais encore lorsqu'ils passent avec leur père adrogé sous la puissance de l'adrogeant, et cela parce qu'ils changent de famille. (*Paul. fr.* 3, *de cap. min.*) Réciproquement ils deviennent *sui juris* sans diminution de tête, par la mort du père de famille (*Ulp. fr.* 3, § *ult.*, *de sc. maced.*) : et il faut bien que cela soit ainsi, car autrement que deviendrait la tutelle légitime; où seraient les agnats du pupille, si en deve-

nant *sui juris* par la mort de son père, le fils de famille éprouvait une diminution de tête, dont la conséquence inévitable serait la rupture de toute agnation? Ulpien nous enseigne d'ailleurs que la mort du père n'empêche pas les enfans d'être toujours agnats et toujours membres de la même famille (*fr.* 195, § 2, *de verb. sign.*; V. *Caius*, 3, *inst.* 114).

237. Il en est autrement pour l'émancipé. Il sort non-seulement de la puissance, mais aussi de la famille paternelle. Il ne reprend point sous sa puissance les enfans qu'il a laissés dans celle de son père; il n'est plus héritier de ce dernier; en un mot, en quittant la famille, il perd ses agnats, et en général tous ses droits. (V. *Modest. fr.* 4, § 10, *de grad. et aff.*, *pr.*, *quib. mod. jus patr. pot.*, § 9, *de hered. quæ ab int.*) L'émancipé est donc *capite minutus*, c'est même le seul cas où un fils de famille devenant *sui juris*, subit une diminution de tête (*Cujac.*, *not. ad inst. h. t.*) et la proposition de Justinien, si elle était restreinte à ce seul cas, n'aurait plus rien d'inexact (1).

238. En sens inverse, un père de famille ne peut devenir *alieni juris* que par adrogation ou par légitimation : dans ces deux cas il y a réellement diminution de tête; et ici la proposition de Justinien est vraie, du moins quant aux résultats. Mais pourquoi l'adrogé est-il *capite minutus?* Est-ce parce qu'il cesse d'être *sui juris?* S'il en était ainsi, la diminution de tête ne s'étendrait pas jusqu'aux enfans de l'adrogé. Mais tout s'explique lorsqu'on observe, avec Paul (*fr.* 3, *de cap. min.*), que l'adrogé et ses enfans changent tous de famille, et avec Papinien (*fr.* 11, § 2, *de bon. poss. sec. tab.*), que ce sont autant de têtes transférées *in familiam et domum alienam*. On en peut dire autant pour le cas de légitimation.

Il s'agit donc perpétuellement ici de savoir à quelle famille un citoyen appartient; et cette famille une fois connue, qu'on y soit ou non soumis à la puissance paternelle, peu importe; car, comme le dit Caïus (*fr.* 9, *de bon. poss. contr. tab.*) à l'égard d'un enfant adoptif, il est indifférent que le père adoptif soit vivant ou mort : le seul point à examiner, c'est de savoir (*an in familia sit*) si l'adopté est dans la famille.

239. Lorsqu'on en change, on transporte une personne, une tête *in familiam et domum alienam* (*Papin. fr.* 11, § 2, *de bon. poss. sec. tab.*). La famille que l'on quitte compte un agnat, une tête de moins; il y a diminution de tête. Pareillement, celui qui vient à être déporté, *tollitur e numero civium romanorum* (§ 1, *quib. mod. jus patr. pot.*) : la cité compte un citoyen, une tête de moins; et la même diminution arrive dans le nombre des personnes libres, chaque fois que l'une d'elles devient esclave. A proprement parler c'est la famille, c'est la cité, qui diminuent d'une tête; mais par inversion on appelle *capite minutus* l'individu par qui s'opère la diminution : *Putatque Hotomannus*, dit Vinnius, *ad personam translatum esse quod de ipso corpore dici debebat; ut ecce, quum quis deportatur aut emancipatur, ordo civium aut agnatorum capite uno minuitur.*

240. Dans ce cas on perd le rang qu'on occupait, et par suite les droits qui dérivent pour chaque personne de son agrégation à une corporation, par exemple, à telle cité, à telle ou telle famille dont on est membre, où l'on est compté pour une tête, dans laquelle enfin on a sa place, son état. (*Vinnius, pr. et* § 4, *h. t.*) Dans ce sens il est facile de concevoir comment l'abandon de cette place opère diminution de tête, changement d'état, changement de famille.

§ IV.

Aucun de ces effets ne se rencontre dans l'affranchissement d'un esclave; il sort de la puissance de son maître sans priver la famille d'aucun de ses membres. Elle n'éprouve aucune diminution de tête en per-

(1) Les éditions ordinaires ne portent pas seulement VEL CONTRA; elles ajoutent : *Veluti, si filius familias a patre emancipatus fuerit est capite minutus.* Cette addition justifierait Justinien en précisant son texte, si on pouvait la prendre dans un sens limitatif; mais le mot VELUTI a paru indiquer que le cas d'émancipation est cité ici comme un exemple, qui suppose plusieurs cas semblables. Cujas, dans ses premières notes, assure que le mot VELUTI ne se trouve pas dans les anciens manuscrits, et se prononce ouvertement pour sa suppression; plus tard, Cujas a supprimé toute la phrase additionnelle. Je voudrais pouvoir la conserver, parce qu'elle préciserait le VEL CONTRA de Justinien, et le mot *veluti* ne m'empêcherait pas d'entendre cette phrase dans un sens limitatif, et même restrictif. En effet ce mot s'emploie souvent dans un sens limitatif; il signifie alors C'EST-A-DIRE. C'est ainsi qu'il est pris à l'égard des tribuns dans le § 4, *de jur. nat.*, et dans plusieurs autres textes.

dant un esclave qui *nullum caput habuit*, parce qu'il ne comptait ni parmi les hommes libres, ni parmi les citoyens, ni parmi les agnats d'aucune famille.

§ V.

Le sénateur qui cesse de l'être, diminue sans doute le sénat, mais sans sortir de sa famille. Il conserve à plus forte raison les droits de cité et de liberté. (*Modest. fr.* 3, *de senat.*) Quoique dépouillé de sa dignité, il conserve donc les trois choses qui, relativement au droit privé, constituent l'état de chaque citoyen, et dont la perte totale ou partielle pourrait seule opérer diminution de tête. (V. *Paul. fr.* 11, *de cap. min.*)

§ VI.

241. Revenons aux effets que la diminution de tête produit relativement aux titres d'agnat et de cognat.

Puisque le titre d'agnat est un titre commun aux membres d'une même famille, on doit nécessairement le perdre en sortant de la famille, et cela même par la petite diminution de tête. Justinien l'a déjà dit en terminant le titre qui précède, mais en établissant la règle générale (*plerumque*) il a laissé prévoir une exception. C'est celle qu'Anastase (*C.* 4, *de legit. tut.*; V. § 1, *de success. cognat.*) a établie en faveur des émancipés pour leur conserver les droits d'agnation, non pas envers tous les membres de la famille, mais seulement envers leurs frères et sœurs.

242. Justinien a dit dans le même-temps, que la cognation ou parenté simple ne se dissout point toujours dans tous les cas où se dissout l'agnation. Effectivement, la cognation, indépendante du lien de famille, subsiste malgré la petite diminution de tête; mais celui qui cesse d'être citoyen n'a plus aucun parent. Il en est de même, à plus forte raison, pour celui qui deviendrait esclave, et l'affranchissement même ne lui rendrait pas les parens qu'il a perdus (*text. hic.*; *Modest. fr.* 7, *unde cogn.*), parce que la manumission donne une nouvelle liberté, et ne rétablit pas la personne dans son état primitif. Sous ce rapport elle diffère essentiellement du *postliminium* et de la restitution *in integrum* que le prince pourrait accorder (191).

A proprement parler, le lien du sang et par conséquent la cognation qui en résulte, ne peuvent jamais se dissoudre (§ *ult.*, *de legit. agn.*); mais on les considère comme rompus par la grande et la moyenne diminution de tête, en ce sens que la parenté ne produit plus alors aucun des effets civils dont elle serait susceptible. Du reste le lien du sang subsiste et conserve ses effets purement naturels, notamment à l'égard des noces. (V. § 10, *de nupt.*)

§ VII.

243. Nous rentrons ici dans la tutelle légitime des agnats, pour dire qu'elle appartient comme l'hérédité, non pas à tous, mais seulement à l'agnat ou aux agnats du degré le plus proche. (V. *pr.* § 1 *et* 6, *de leg. agn. succ.*)

TITRE XVII.

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES PATRONS.

244. La loi des Douze-Tables, en déférant la tutelle aux agnats, ne déférait évidemment que la tutelle des ingénus; car l'esclave, n'ayant point de famille, n'a point d'agnats au moment de son affranchissement, et par conséquent point de tuteur légitime, du moins d'après le texte de la loi. Il a donc fallu recourir à son motif.

Le plus proche agnat, appelé à la tutelle, serait également appelé à l'hérédité du pupille, si celui-ci mourait. Les prudens pensèrent que la loi avait voulu mettre la charge de tuteur en compensation des espérances de l'hérédité. Il semble en effet que la protection du pupille, et par suite le soin de sa fortune, doit retomber sur les personnes qui seraient destinées à recueillir cette fortune. L'hérédité d'un affranchi *intestat* appartient au patron ou aux enfans du patron, comme celle d'un ingénu à son proche agnat; on leur a également déféré la tutelle légitime. (*Ulp. fr.* 1 *et* 3, *de legit. tut.*)

Effectivement cette tutelle appartient toujours à l'héritier présomptif; c'est une règle constante, du moins lorsque celui-ci n'est pas incapable des fonctions de tuteur, comme le serait une femme ou un mineur de vingt-cinq ans; car ce que Justinien dit

ici des femmes est vrai de tous autres incapables, et même de ceux qu'une incapacité temporaire (V. *Ulp. fr.* 1, § 1 *et* 2; *Paul.*, *Hermog. fr.* 8 *et* 10, *eod.*) n'empêcherait pas de recevoir sous condition la tutelle testamentaire (§ 2, *qui test. tut. dar.*). Quant aux tutelles légitime et dative, elles ne peuvent être déférées qu'à des individus *perfectæ ætatis* (§ *un.*, *de fiduc. tut.*). Voyez toutefois le § 13, *de excus.*

TITRE XVIII.

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES ASCENDANS.

245. L'émancipation faisait considérer l'émancipé comme un véritable affranchi, et le plaçait en conséquence sous la tutelle de son patron (§ 6, *quib. mod. jus patr.*). Ce patron était d'abord l'acheteur à qui le fils de famille avait été mancipé (1); c'était le père lorsqu'en vertu de la fiducie les enfans lui avaient été rémancipés pour être affranchis par lui-même. (V. *Caius*, 1 *inst.* 169, 175.)

En simplifiant la forme, Justinien a conservé tous les effets de l'ancienne émancipation fiduciaire (*C.* 6, *de emancip. liber.*). Le père qui a tous les droits du patron, et qui succède à son fils émancipé (§ *ult.*, *de legit. agn. succ*), doit aussi (*exemplo patronorum*) être chargé de la tutelle légitime.

A sa mort, que devient la tutelle? On a vu précédemment qu'elle serait déférée, par la confirmation du magistrat, au tuteur que le père nommerait dans son testament (§ *ult.*, *de tut.*) : mais il s'agit ici du père qui décède *intestat*; et dans ce cas, à la tutelle légitime qu'il avait comme patron, succède une autre tutelle appelée fiduciaire.

TITRE XIX.

DE LA TUTELLE FIDUCIAIRE.

246. Elle appartient aux enfans mâles restés sous la puissance du père émancipateur, par exemple aux frères de l'émancipé (*Modest. fr.* 4, *de leg. tut.*), ou même, comme on le voit ici, au père, à l'oncle des petits-enfans émancipés par l'aïeul. Cette tutelle suppose toujours une émancipation faite *contracta fiducia*; de là paraîtrait venir aux enfans de l'émancipateur le titre de tuteurs fiduciaires, titre qui n'a jamais été donné au père lui-même (2). On l'a toujours assimilé au patron, et toujours considéré comme tuteur légitime.

247. Mais pourquoi ses enfans sont-ils dans une classe à part, tandis que ceux du patron n'en font qu'une avec leur père? Pourquoi l'émancipateur, considéré comme patron, ne transmet-il pas à ses enfans la tutelle légitime que le patron transmet aux siens? Telle est l'objection que Justinien se fait à lui-même (*atqui patrono*, *etc.*). Sa réponse (*quoniam filius*, *etc.*) consiste à dire que le patron transmet la tutelle légitime, comme à défaut d'affranchissement il aurait transmis la puissance dominicale; que l'affranchi retombe sous la tutelle légitime des enfans du patron, comme l'esclave serait retombé sous leur puissance. Il ajoute que l'émancipé, au contraire, ne serait point retombé sous la puissance de ses frères; qu'ainsi le père ne transmet point à ceux-ci la puissance paternelle, et par suite ne leur transmet pas non plus la tutelle légitime. Cette raison pourrait s'appliquer à la tutelle des frères et des oncles, mais elle est certainement fausse à l'égard du père qui, au décès de l'aïeul émancipateur, devient tuteur, et tuteur fiduciaire de ses propres enfans. (*Cujas*, *not. ad inst. h. t.*)

La véritable raison qui empêche les enfans de l'émancipateur d'obtenir la tutelle légitime, vient de la différence qui existe entre eux et les enfans du patron. Ces derniers succèdent au droit de patronage que leur père avait; ils deviennent patrons comme lui, et sont appelés en cette qualité à l'hérédité de l'affranchi (*pr.*, *de bon. libert.*; *pr.*, *de assign. libert.*), et par suite à la tutelle légitime. Quant à l'émancipateur,

(1) *Voyez*, dans la première partie de l'*Ecloga*, un fragment du second livre des Institutes d'Ulpien.

(2) Lorsque le père, après avoir mancipé *ea lege ut sibi remanciparetur*, affranchit les enfans qui lui ont été rémancipés, il est tuteur légitime et non tuteur fiduciaire. Caius le dit formellement, et son texte (1 *inst.* 172) concorde parfaitement avec celui d'Ulpien (*fr.* 3, § *ult.* *de legit. tut.*). Un autre passage de Caius (1 *inst.* 166) se trouve également conforme au passage d'Ulpien (11 *reg.* 5) d'après lequel Vinnius a cru mal à propos que l'on donnait au père le titre de tuteur fiduciaire. Ces deux derniers textes ne parlent ni du père ni d'aucune rémancipation. C'est un étranger qui affranchit le fils à lui mancipé *aut a patre aut a coemptore*, et c'est ce manumisseur étranger qu'Ulpien appelle tuteur fiduciaire, et que Caius (1 *inst.* 172) oppose au père qui *remancipatam manumisit*.

on le considère, il est vrai, comme patron de l'émancipé (204) : aussi obtient-il l'hérédité (§ 8, *de legit. agn. succ.*) et la tutelle légitime (245); mais ce patronage fictif s'éteint avec lui et ne passe point aux enfans restés sous sa puissance. Ils ne sont donc point patrons de l'émancipé; ils ne sont pas non plus ses agnats, puisque l'émancipation, en le faisant sortir de la famille, a rompu entre eux et lui toute agnation, toute vocation à l'hérédité. Ainsi lorsqu'ils viennent à la tutelle, ce n'est plus, suivant le système de la loi des Douze-Tables, comme agnats ou comme héritiers présomptifs. A cet égard, les enfans de l'émancipateur diffèrent également, soit de leur père, soit des enfans du patron. (V. *Caius*, 1 *inst.* 175; *Vinnius*, *hic*.)

248. La tutelle fiduciaire, séparée de l'hérédité, n'est donc pas une tutelle légitime, dans le sens des trois précédentes; mais comme elle a lieu sans aucune nomination, soit du testateur, soit du magistrat, les tuteurs fiduciaires sont aussi considérés comme légitimes dans le sens le plus étendu de cette expression, qui comprend alors tous les tuteurs *quos nemo dat.* (*Ulp. fr.* 5, *de legit. tut.*) Dans un sens plus restreint, il n'y a de tuteurs légitimes que ceux à qui la loi des Douze-Tables confère ce titre, soit expressément comme les agnats, soit implicitement comme le patron et ceux qu'on lui assimile. (*Ulp.* 11, *reg.* 3.)

Pour nous résumer sur les quatre tutelles qui sont déférées sans aucune nomination, nous distinguerons entre les pupilles affranchis et les pupilles ingénus. — Les premiers ont pour tuteurs, d'abord le patron et ensuite ses enfans. — Quant aux ingénus ils deviennent *sui juris* sans diminution de tête, par la mort du père de famille, ou avec diminution de tête par l'émancipation. Au premier cas, tutelle légitime des agnats; au second cas, tutelle légitime de l'ascendant qui émancipe; après lui, tutelle fiduciaire.

Ce qui regarde les tutelles légitimes a subi de grandes modifications, dont nous parlerons au Livre III, en expliquant la novelle 118, immédiatement après le titre *de bonorum possessionibus* (929).

TITRE XX.

DU TUTEUR ATILIEN, ET DE CELUI QUI ÉTAIT DONNÉ EN VERTU DE LA LOI JULIA ET TITIA.

PR.

249. Lorsque la tutelle est déférée par le magistrat, on la nomme vulgairement *dative*; toutefois il importe d'observer que les tuteurs testamentaires sont également datifs, par opposition aux tuteurs légitimes *quos nemo dat.* (*Ulp.* 11 *reg.* 14; *fr.* 5, *de legit. tut.*)

250. Les magistrats nomment dans plusieurs cas, et principalement lorsqu'il n'existe aucun tuteur, soit testamentaire, soit légitime.

§ I.

Quelquefois même la nomination d'un tuteur testamentaire donne occasion de nommer un tuteur datif pour l'intervalle qui doit s'écouler entre la mort du testateur et l'entrée en fonction du tuteur testamentaire, qui serait nommé à terme ou sous condition (224).

Lors même que la nomination testamentaire est pure et simple, il peut encore exister un intervalle qui nécessite un tuteur datif; car le testament ne s'exécute pas avant que l'institué se porte héritier. Cette condition tacite suspend la tutelle comme toutes les autres dispositions du testament. Ainsi, jusque-là il n'y a point encore de tuteur testamentaire; mais il y a espérance d'en avoir un, et cette espérance, en excluant les tuteurs légitimes, oblige de recourir à la tutelle dative. (V. *Pompon. et Ulp. fr.* 9, 10 *et* 11, *de test. tut.*) A l'événement de la condition ou du terme, le tuteur datif cesse de l'être, car il n'était que provisoire. Cependant la tutelle dative n'admet ni terme, ni condition, et la nomination conditionnelle serait entièrement nulle (*Ulp. fr.* 6, § 1, *de tut.*); mais, si les fonctions du tuteur datif se trouvent ici limitées, ce n'est point par le fait du magistrat, c'est par suite des dispositions du testateur; et en fait de tutelle, ces dispositions sont la première de toutes les règles : *uti legassit, ita jus esto*.

Lorsque la condition ne peut plus se réa-

liser, et en général lorsqu'il devient certain que la personne désignée par testament ne sera jamais tuteur, dès ce moment la tutelle dative fait place aux tuteurs légitimes qui n'étaient écartés que par la possibilité d'une tutelle testamentaire.

§ II.

Lorsqu'un tuteur est prisonnier, l'incertitude de son retour établit encore une condition jusqu'à l'événement de laquelle on nomme un tuteur datif. Le retour du prisonnier lui rend, par droit de *postliminium*, les fonctions que sa mort transmettrait de suite aux tuteurs légitimes. (*Vinnius, hic*; sur ce § et les précédens, *voyez* Caïus, 1 *inst.* 185, 186, 187.)

§ III.

251. Nul ne peut nommer un tuteur s'il n'en a reçu le pouvoir d'une loi quelconque c'est-à-dire d'une loi proprement dite, d'un sénatus-consulte ou d'une constitution. (*Ulp. fr.* 6, § 2, *de tutel.*) Nous avons donc à examiner, suivant les différentes époques de la législation, à quels magistrats et par quelles lois ce pouvoir a été donné (1).

Les premières lois sur la tutelle dative furent, pour Rome, la loi Atilia, d'où est venu le nom de *tuteur atilien*; et pour les provinces, la loi Julia et Titia (*pr. h. t.*). Ces lois attribuèrent le droit de nommer, la première au préteur, avec la majeure partie des tribuns (2); la seconde, aux gouverneurs ou présidens de province.

Il fut dérogé à ces deux lois à cause de leur insuffisance sur la caution à exiger des tuteurs, et sur la contrainte à exercer contre eux pour les forcer à se charger de la tutelle, deux points importans dont il sera traité plus loin dans un titre particulier (*tit.* 24).

Le droit de nommer les tuteurs fut attribué sous Claude aux consuls, ensuite aux préteurs, par une constitution que l'on croit de Marc-Aurèle. Ces tuteurs étaient donnés sur enquête, c'est-à-dire après un examen qui porte principalement sur l'économie, les mœurs et la fortune du tuteur (*Modest. fr.* 21, § 5 *et* 6, *de tut. et curat. dat.*), examen qui probablement avait lieu même avant que le droit de nommer les tuteurs fût attribué aux consuls. (*Vinnius, hic.*)

§ IV.

252. Au temps de Justinien, ou pour mieux dire d'après la législation du Digeste, ce ne sont plus les mêmes magistrats qui nomment. Dans Rome, ce droit appartient au préfet de la ville et au préteur, chacun *secundum suam jurisdictionem*, c'est-à-dire selon Vinnius, chacun pour les personnes et pour le territoire soumis à leur autorité respective.

Dans la province, c'est-à-dire au delà du centième mille jusqu'où s'étendait autour de Rome la juridiction du préfet et l'Italie proprement dite (*Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 4, *de offic. præf. urb.*; *Pothier, pand. just. I, XII*, 5), les tuteurs étaient nommés par les presidens, ou lorsque le pupille n'avait pas une fortune assez considérable, par les magistrats particuliers de chaque ville, d'après l'ordre des gouverneurs. En effet, sur le rapport des magistrats municipaux, le gouverneur nommait lui-même ou leur renvoyait la nomination du tuteur (*Ulp. fr.* 1, § 2, *de magistr. conv.*), non par délégation d'un droit qui ne peut jamais être délégué (*Ulp. fr.* 8, *de tut. et cur. dat.*), mais parce que le droit de nommer les tuteurs est spécialement attribué par la loi aux magistrats municipaux (V. *Ulp. fr.* 3, *eod.*), sauf la préférence réservée au président.

§ V.

Cette préférence lui est retirée par Justinien, pour les pupilles dont la fortune n'excède pas cinq cents solides; leur tuteur est nommé directement par les magistrats désignés dans le texte.

(1) Le droit de nommer les tuteurs n'entre dans la juridiction d'aucune magistrature, c'est-à-dire dans sa compétence primitive et ordinaire; il n'en fait que partie accessoire et accidentelle, lorsqu'il y est ajouté postérieurement par la loi. C'est en ce sens qu'Ulpien (*fr.* 6, § 2, *de tut.*) dit que la nomination du tuteur vient de la loi, et non de la juridiction. *Voy.* Vinnius. (§ 4 *h. t.*) et Pothier (*pand. just. XXVI, V*, 2.)

(2) Les tribuns, au nombre de dix, ne prenaient aucune décision qu'à l'unanimité. Ici, par exception, et pour ne pas rendre la nomination trop difficile, il suffit que le préteur trouve six tribuns de son avis. (V. *Vinnius, hic.*) Un passage de Tite-Live (39, 9) prouve que la loi Atilia existait en 557. Quant à la loi Julia et Titia, on présume qu'elle a été portée en 723, sous le consulat d'Octave et de M. Titius.

253. La nomination par les magistrats inférieurs se fait sans enquête, et oblige le tuteur à fournir une caution dont se trouvent dispensés ceux que les magistrats supérieurs nomment avec enquête. Nous parlerons plus bas de cette caution et de la responsabilité des magistrats qui la reçoivent. (V. *titre* 24.)

Ici se termine la distinction des différentes classes de tuteurs. Justinien revient à quelques idées générales sur la nature et sur les conséquences de la tutelle.

§ VI.

254. Sont en tutelles, ainsi que nous l'avons vu précédemment, les pupilles, c'est-à-dire les impubères *sui juris*; il est évidemment conforme à la raison naturelle de placer sous la direction d'autrui ceux qui, à raison de leur âge (*propter ætatem*), ne peuvent point encore se diriger eux-mêmes (*text. hic*; § 1, *de tut.*). Ainsi la tutelle des impubères, quoique déférée conformément aux règles du droit civil (*jure civili data ac permissa*; § 1, *eod.*), est réellement, en elle-même, une institution du droit des gens. Sous ce rapport la tutelle des impubères diffère essentiellement d'une autre tutelle, spécialement applicable dans la cité romaine, et qui se prolongeait après l'âge de puberté sur les femmes *sui juris*, et pendant toute leur vie. (*Ulp.* 11, *reg.* 1; V. *Caius*, 1 *inst.* 86.)

Il y avait donc alors deux sortes de tutelles, motivées l'une par la faiblesse de l'âge, indépendamment du sexe, et l'autre par le sexe, malgré la force de l'âge. Elles étaient fondées, la première sur le droit naturel, la seconde sur des motifs purement civils; et telle est la distinction que Caïus (1 *inst.* 189, 193) explique dans le texte d'où Justinien a extrait ce paragraphe.

255. Cette tutelle des femmes est un point très-curieux, mais très-obscur encore dans l'histoire du droit. On lui connaît cependant un but certain dans le cas où elle était déférée à des tuteurs légitimes; car alors la femme, même pubère, ne pouvait ni aliéner ses biens les plus précieux, ni contracter aucune obligation, ni tester sans l'autorisation du tuteur, qui, étant en même temps héritier présomptif, veillait à ses propres intérêts en empêchant tout ce qui aurait pu lui enlever l'hérédité ou en diminuer la valeur. Tel est, d'après Caïus (1 *inst.* 192), le but de la tutelle légitime que le patron conservait sur l'affranchie, et le père sur sa fille émancipée. Tel devait être aussi le but de la tutelle légitime déférée au plus proche agnat; mais Caïus n'en dit rien, parce que déjà la loi Claudia avait supprimé, pour les femmes, la tutelle légitime de leurs agnats. (*Caius* 1, *inst.* 157, 171; V. *Ulp.* 11 *reg.* 8.)

Quant au tuteur testamentaire ou datif, on ne voit plus quelle pouvait être l'utilité de ses fonctions sur les femmes pubères: car la faiblesse du sexe ne les empêchait pas de conduire elles-mêmes leurs affaires; et, hors le cas de tutelle légitime, si l'on exigeait quelquefois l'autorisation du tuteur, ce n'était jamais que pour la forme, et souvent même on obligeait le tuteur à autoriser malgré lui. (*Caius*, 1 *inst.* 190, 192.)

256. Il résulte de là que le tuteur n'était responsable de rien envers la femme pubère, parce qu'il ne gérait pas réellement ses affaires.

§ VII.

Au contraire, le tuteur des impubères administre; il doit donc rendre compte; et de cette obligation résulte contre lui, lorsque la tutelle finit par la puberté (*post pubertatem*), ou même par toute autre cause (V. *Ulp. et Papin. fr.* 7 *in fin.*; *fr.* 8 *et* 9, *de tut. et rat. dist.*), une action de tutelle dont nous parlerons plus loin. (V. § 2, *de oblig. quasi ex contr.*)

TITRE XXI.

DE L'AUTORISATION DU TUTEUR.

257. Pendant toute l'enfance, c'est-à-dire jusqu'à l'âge de sept ans accomplis, le pupille est absolument incapable d'agir, même avec autorisation du tuteur, parce qu'on ne lui reconnaît encore aucune raison (§ 9 *et* 10, *de inutil. stip.*; *Ulp. fr.* 1, § 2, *de adm. et peric.*; V. 1002, 1009).

PR.

258. Sorti de l'enfance, le pupille peut faire certains actes sans autorisation, d'au-

tres seulement avec l'autorisation du tuteur. Il peut stipuler des autres, c'est-à-dire se faire promettre par eux, et les obliger envers soi; au contraire, il ne peut promettre, et en général s'obliger sans l'autorisation de son tuteur (§ 9, *de inutil. stip.*; V. *text. hic*).

Pour motiver cette décision, notre texte distingue si le pupille rend sa condition meilleure ou pire (*meliorem suam conditionem facere, deteriorem vero, etc.*), et déclare que l'autorisation, superflue dans le premier cas, devient indispensable dans le second. Il doit paraître extraordinaire que le tuteur autorise le préjudice qu'un pupille se causerait à lui-même; mais lorsqu'on observe que le tuteur doit restreindre son autorisation aux actes qu'il juge avantageux (*si hoc pupillo prodesse existimaverit*; § 2, *h. t.*), la difficulté redouble : en effet, les actes qui profitent au pupille rendraient sa condition meilleure, et alors il n'aurait besoin d'aucune autorisation; au contraire, les actes désavantageux qui empirent sa condition auraient besoin d'être autorisés, mais ils ne doivent pas l'être. Ainsi l'autorisation ne serait nécessaire qu'en un seul cas, et ce cas serait précisément celui où elle doit être refusée. Évidemment nous tournons ici dans un cercle vicieux : pour en sortir, il faut nécessairement interpréter notre texte par celui que nous avons d'abord invoqué (§ 9, *de inutil. stip.*). Alors on reconnaîtra que la condition pire dans une obligation est toujours celle de l'obligé, par exemple, celle du promettant; la condition meilleure, au contraire, celle de la personne envers qui l'on s'oblige, par exemple, celle du stipulant. Dans ce sens, notre condition est meilleure, par cela seul qu'on s'oblige envers nous; elle est pire, par cela seul que nous sommes obligés. Du reste, s'il est toujours utile de rendre sa condition meilleure en obligeant une autre personne, il n'est pas toujours désavantageux de s'obliger et conséquemment de rendre sa condition pire; il importe souvent de prendre des engagemens dont l'utilité ou le danger ne seraient pas bien appréciés par le pupille. On en réserve donc l'examen au tuteur, afin qu'il les autorise, mais seulement lorsqu'il les croit avantageux, *si hoc prodesse pupillo existimaverit* (§ 2, *h. t.*); et alors le pupille rend sa condition pire, en ce sens qu'il s'oblige et prend un engagement qu'il est nécessaire de prendre pour la bonne administration de ses affaires, par exemple, lorsqu'il a besoin d'une somme qu'il ne peut se procurer que par emprunt.

259. Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse d'une stipulation (*si quid stipuletur*), contrat unilatéral qui n'oblige qu'un seul des contractans; mais il existe des contrats synallagmatiques, comme la vente, le louage et plusieurs autres contrats, qui produisent entre tous les contractans des engagemens réciproques (*ex quibus obligationes mutuæ nascuntur*). Dans ces différens cas, le pupille qui contracte oblige un autre envers soi, et sous ce rapport il n'a pas besoin d'autorisation; mais en même temps il s'oblige envers un autre, et sous ce second rapport la validité du contrat exige l'autorisation du tuteur. Aussi, à défaut d'autorisation, ceux qui font avec le pupille un semblable contrat sont tenus envers lui, sans qu'il soit tenu envers eux. Toutefois, on n'entend pas dire ici que, dans une vente, par exemple, le défaut d'autorisation permettra au pupille d'exiger le prix sans livrer la chose qu'il aurait vendue, ou de se faire livrer, sans en acquitter le prix, la chose par lui achetée : ce serait s'enrichir aux dépens d'autrui, et l'équité ne le permet à personne. (*Pomp. fr.* 206, *de reg. jur.*) On veut dire seulement que le pupille aura le choix de faire exécuter le contrat ou de s'en départir, mais sans diviser les obligations respectives qui en résultent.

Nous parlerons plus loin (§ 2, *quib. alien. lic.*) de l'autorisation nécessaire au pupille pour aliéner.

§ Ier.

260. L'autorisation du tuteur est indispensable au pupille pour acquérir une hérédité, pour demander la possession de biens, ou pour recevoir une hérédité fidéicommissaire (1); et l'acceptation faite sans autorisation serait nulle à tous égards,

(1) L'hérédité est une succession déférée d'après les règles du droit civil. On l'appelle fidéicommissaire, lorsqu'au lieu de la tenir directement du défunt, nous la recevons indirectement par un intermédiaire entre lui et nous (§ 2, *de fideic. hered.*). La possession de biens est une succession déférée par le droit prétorien (*pr., de bon. possess.*).

malgré les avantages que l'hérédité pourrait offrir (*quamvis lucrosa*), même sans aucun risque possible pour le pupille (1). On en donne cette raison, que nul ne devient héritier sans devenir en même temps débiteur de ce que devait le défunt, et par conséquent sans se soumettre à des obligations qui ne peuvent pas exister dans la personne d'un pupille non autorisé (*Ulp. fr.* 8, *de adq. vel omitt. hered.*); mais pourquoi n'en serait-il pas de l'hérédité, de l'actif et du passif qui s'y trouvent réunis, comme des contrats synallagmatiques et des engagemens mutuels qui obligent les autres contractans sans obliger le pupille qui ne serait pas autorisé (259); pourquoi le pupille n'aurait-il pas ici la liberté de garder ou de rejeter l'hérédité? Plusieurs interprètes répondent que ceux qui contractent avec un pupille non autorisé s'exposent volontairement, et n'ont point à se plaindre quand l'impubère se joue du contrat; que les créanciers d'une succession, au contraire, étant absolument étrangers à l'acceptation qu'en ferait le pupille, et ne pouvant point l'empêcher, seraient donc injustement joués, s'il était permis au pupille de revenir sur son acceptation comme sur un contrat consenti sans autorisation de tuteur. Nous verrons plus loin (§ 5, *de hered. qual.*) que l'intérêt des créanciers et légataires n'empêche pas un mineur de vingt-cinq ans, soit d'accepter l'hérédité, soit de faire rescinder son acceptation, s'il a été lésé. Cependant leur position serait la même dans les deux cas; aussi Vinnius déclare-t-il ne pas apercevoir pourquoi l'acceptation du pupille ne vaudrait pas, au moins dans son intérêt, et lorsqu'il ne peut courir aucun risque. Il faut donc chercher d'autres motifs de l'incapacité totale où se trouve, dans cette circonstance, le pupille non autorisé.

261. Celsus (*fr.* 189, *de reg. jur.*) déclare que le pupille non autorisé est réputé n'avoir aucune volonté ni pour ni contre; *nec velle nec nolle creditur*. Cependant nous venons de voir qu'on lui suppose une certaine intelligence, puisqu'il peut rendre sa condition meilleure, par exemple, stipuler, chose dont un fou ne serait jamais susceptible (*pr.*, *h. t.*; § 9 et 10, *de inutil. stip.*).

La règle de Celsus n'embrasse donc pas absolument tous les actes du pupille; en effet, il la restreint lui-même à ceux qui se font *animi judicio*. L'autorisation du tuteur y est indispensable, et sans elle le pupille ne peut absolument rien, même pour son avantage. A cet égard, les actes qui se font *animi judicio* diffèrent essentiellement des contrats dont on a parlé précédemment, et pour lesquels il suffit d'avoir *aliquem intellectum* (§ 10, *de inutil. stipul.*). Les premiers exigent une délibération de l'esprit; et cette délibération suppose un discernement, un développement, une maturité d'intelligence que n'admet point l'âge du pupille, et qui ne peut être suppléé que par l'autorisation du tuteur. Pour acquérir une hérédité, comme pour en disposer par testament, il faut avoir *animi judicium* (§ 1, *quib. non est perm.*); et telle est, dit Cujas (*ad fr.* 5, *de reg. jur.*), la raison qui empêche un pupille d'acquérir seul la succession même la plus avantageuse (V. 676.); et en effet, Paul (*fr.* 9, *de adq. vel omitt. hered.*) déclare formellement que cette incapacité du pupille tient à un défaut de discernement qui, rigoureusement, ne permettrait aucune distinction entre les impubères et les fous; et c'est par faveur (*favorabiliter*) pour les premiers qu'on a considéré l'autorisation du tuteur comme suppléant au *judicium* qu'ils n'ont pas, et dont l'absence les mettrait dans l'impossibilité absolue d'acquérir aucune succession.

Toutefois, ces règles ne s'appliquent point au cas où le pupille deviendrait héritier nécessaire, indépendamment de toute volonté (§ 3, *de hered. quæ ab int.*; *Ulp. d. fr.* 8, *de adq. vel omitt.*).

§ II.

262. Le mot autoriser vient du verbe latin *augere*, *auctum*, qui signifie augmenter; en effet, l'autorisation du tuteur augmente la force des actes faits par le pupille, ou plutôt l'aptitude et la capacité du pupille même, et c'est dans ce but, comme on l'a dit plus haut, que le tuteur est donné à la personne (§ 4, *qui testam. tut.*) *ad integrandam pupilli personam*, suivant l'expression d'Evrard Otton (*ad h.* §). On con-

(1) NEC *ullum damnum* HABEAT, dit Caius (*fr.* 9, § 3, *de auct. tut.*). Cette leçon est préférable à celle de plusieurs éditions qui, dans les Institutes, écrivent, NE *ullum damnum* HABEANT.

çoit d'après cela que l'autorisation, différente en cela du *jussus* dont nous avons parlé précédemment (130), ne doit jamais précéder l'acte qu'elle a pour objet. Pour s'y joindre, pour en augmenter sa force, il *faut* que l'acte existe déjà. L'autorisation ne doit pas non plus suivre après un intervalle, parce que l'obligation du pupille et l'autorisation du tuteur constitueraient alors deux opérations séparées, dont la première, ne pouvant subsister sans la seconde, laisserait celle-ci sans objet. L'autorisation, qui soutient mais qui ne remplace pas l'obligation du pupille, doit donc être donnée *in ipso negotio*.

Le tuteur ne devant autoriser que les actes avantageux, et ne pouvant les apprécier d'avance, son autorisation, s'il n'était pas sur les lieux, ne viendrait qu'après un intervalle, ce qui est inadmissible. Il faut donc que le tuteur la donne en personne (*præsens*) et non par lettre ou par un tiers.

Le silence ne tient pas lieu d'autorisation. Celle-ci consiste dans une approbation expresse et formelle. (V. *Paul, fr.* 3, *h. t.*; *fr.* 1, § 2, *de tutel.*) Elle ne pourrait être donnée conditionnellement, parce qu'alors ce serait la différer jusqu'à l'événement de la condition. Il faut autoriser purement et simplement les obligations contractées par le pupille, même lorsqu'elles sont conditionnelles. (*Ulp. fr.* 8, *h. t.*)

§ III.

263. Nul ne doit être juge dans sa propre cause, et conséquemment le tuteur ne peut point autoriser le pupille dans les procès qui existeraient entre eux. Il en est de même relativement aux obligations que le pupille contracterait envers son tuteur. (V. *Ulp. fr.* 1, *h. t.*)

264. Autrefois, pour autoriser le pupille dans les procès qu'il pouvait avoir contre son tuteur, le préteur nommait un tuteur spécial (*prætorius tutor*). C'était une dérogation aux règles qui défendent de donner un tuteur, soit au pupille qui en serait déjà pourvu (§ 5, *de curat.*), soit pour une affaire déterminée (§ 4, *qui test. tut. dar.*); mais on négligeait cette règle toutes les fois que le tuteur existant ne pouvait donner lui-même une autorisation, qui doit nécessairement venir d'un tuteur, par exemple, pour recevoir une hérédité déférée directement ou laissée par fidéicommis. (*Marcian. fr.* 9; *Papin. fr.* 13, *de tut. et cur. dat.*), et dans plusieurs autres cas rapportés par Ulpien (11 *reg.* 26 *et seq.*). L'autorisation d'un tuteur fut également nécessaire au pupille pour agir *in judicio*, du moins jusqu'au changement considérable qui s'opéra dans la procédure par la suppression des actions dites *actions de la loi* (*Caïus*, 1 *inst.* 184). Cependant au temps d'Ulpien (11 *reg.* 24), on donnait encore pour ce cas le tuteur prétorien dont Justinien parle ici, et auquel on a substitué plus tard un curateur spécial, non pour autoriser, mais pour assister le pupille dans l'instance, et seulement pendant sa durée. (V. le titre *de iis per quos ag.*)

265. Les novelles de Justinien rendent à peu près inutiles les dispositions de notre paragraphe; car nul ne peut plus, à l'exception de la mère, devenir tuteur des impubères dont il serait débiteur ou créancier (*nov.* 72, *cap.* 1 *et* 2; *nov.* 94); et si le tuteur devient débiteur ou créancier du pupille depuis son entrée en fonctions, on doit lui adjoindre un curateur pour le temps de la tutelle. (V. *nov.* 72, *cap.* 1.)

TITRE XXII.

DE QUELLES MANIÈRES FINIT LA TUTELLE.

PR.

266. Les pupilles sortent de tutelle à la puberté, et la puberté commence, pour les femmes, à douze, et, pour les hommes, à quatorze ans accomplis, quels que soient d'ailleurs l'état et le développement du corps.

Tel était l'avis des Proculéiens; les Sabiniens, au contraire, jugeaient la puberté d'après l'état extérieur du corps, *habitu corporis*, dit Caïus (1 *inst.* 196). Priscus ne considérait comme pubères que ceux qui avaient atteint l'âge et le développement requis. (*Ulp.* 11 *reg.* 28.) Cette opinion et celle des Sabiniens ont été rejetées par Justinien comme contraires à la pudeur. Il ajoute qu'à l'égard des femmes la puberté se présumait à l'age de douze ans, sans autre examen, et que sur ce point les anciens eux-mêmes étaient d'accord. La puberté des femmes était absolument indifférente relativement à la cessation d'une tutelle qui

durait toute leur vie; mais il est certain qu'on les déclarait habiles à tester dès l'âge de douze ans. (*Ulp.* 20 *reg.* 14; V. § 1, *qui test. fac. poss.*)

Au surplus, voyez, sur ce que dit ici Justinien, les doutes de Vinnius.

§ I ET III.

267. Toute diminution de tête du pupille détruit nécessairement la tutelle; car il ne peut que devenir esclave par la grande diminution de tête, étranger par la moyenne, et fils de famille par la petite : dans le premier et dans le troisième cas, l'impubère devenant *alieni juris* cesse d'être pupille (207). Dans le second cas, il perd le titre et les droits de citoyen; dès lors il ne doit plus jouir d'une protection qui vient du droit civil (*jure civili data ac permissa*; § 1, *de tutel.*).

La tutelle finit, à plus forte raison, par le décès du pupille (§ 3, *h. t.*)

§ II, III, IV ET V.

268. Dans les cas énumérés jusqu'ici, la tutelle finit et pour le titeur et pour le pupille. Mais la fin de la tutelle peut n'être que la cessation des pouvoirs et de la gestion d'un tuteur, le pupille continuant d'être en tutelle et recevant un autre tuteur. C'est ce qui arrive :

1° Par la mort du tuteur (§ 3, *h. t.*);

2° Par sa grande et sa moyenne diminution de tête; car la tutelle étant donnée par le droit civil, ne peut être déférée qu'à un citoyen romain. Quant à la petite diminution de tête du tuteur, elle ne détruit que la tutelle légitime des agnats, parce que c'est la seule qui repose sur les droits de famille (§ 4, *h. t.*).

269. A l'égard des tuteurs testamentaires, leurs pouvoirs finissent encore :

3° Par l'événement de la condition (§ 2, *h. t.*);

4° Par l'événement du terme apposé à la nomination (§ 5, *h. t.*). Le terme ou la condition peuvent être apposés, soit pour faire cesser, soit au contraire pour faire commencer la tutelle testamentaire (219); dans ce dernier cas, l'événement du terme et de la condition fait cesser les fonctions du tuteur qui aurait été nommé pour l'intervalle (§ 1 *et* 2, *de atil. tut.*).

§ VI.

270. Les pouvoirs d'un tuteur quelconque finissent en outre :

5° Par les excuses qu'il fait admettre;

6° Enfin par sa destitution.

Dans ces deux cas la tutelle finit, non de plein droit, mais avec l'intervention du magistrat. Il en résulte, à l'égard des tuteurs testamentaires ou légitimes, que, comme le magistrat ne peut pas leur retirer une qualité qu'ils ne tiennent pas de lui, la destitution ou l'excuse leur enlèvent l'administration de la tutelle plutôt que la tutelle même. Aussi ne sont-ils jamais remplacés par la personne qui viendrait après eux dans l'ordre des tutelles légitimes; ils sont toujours suppléés par un tuteur datif. (*Ulp. fr.* 11, § 1, 2, 3 *et* 4, *de test. tut.*; *fr.* 3, § 8 *et* 9, *de legit. tut.*)

TITRE XXIII.

DES CURATEURS.

Après avoir parlé des individus *sui juris* qui sont en tutelle, Justinien s'occupe de ceux qui sont en curatelle, et d'abord des pubères mineurs de vingt-cinq ans.

PR.

271. Jusqu'à la puberté, le pupille de l'un ou l'autre sexe est dans la double incapacité de conduire sa personne et de gérer ses biens. Devenu pubère, on le juge capable de se conduire lui-même, et, par exemple, de se marier à son gré (*Paul. fr.* 20, *de rit. nupt.*; *Gordian. C.* 8, *de nupt.*), quoiqu'on ne lui ait pas toujours reconnu la capacité nécessaire pour disposer de ses biens. (V. le § 2, *quib. alien. lic.*, et son explication.) Alors il n'a plus de tuteur; mais jusqu'à vingt-cinq ans accomplis il peut recevoir un curateur.

272. Dans l'origine on ne donnait point de curateur à raison de l'âge; et selon toute apparence on ne distinguait pas plusieurs classes de personnes pubères; mais en 568, la loi *Plætoria* plébiscite, vulgairement appelée *loi Lætoria*, sépara pour la première fois les mineurs de vingt-cinq ans de

ceux qui auraient complété cet âge. La loi voulut protéger les premiers, et soumit à une condamnation infamante quiconque abuserait de leur inexpérience en traitant avec eux. Plus tard, les mineurs de vingt-cinq ans furent admis, par le droit prétorien, à faire rescinder les actes qui leur porteraient préjudice; et enfin Marc-Aurèle permit de leur donner des curateurs à raison même de leur âge, par cela seul qu'ils sont mineurs.

§ II.

Ainsi les mineurs de vingt-cinq ans peuvent, en cette seule qualité, recevoir un curateur, mais rien ne les y oblige; notre texte le déclare expressément. Loin d'être forcée, la nomination du curateur n'a lieu que pour ceux qui la désirent (*Papin.*, (*fr.* 13, § 2, *de tut. et cur.*) et la demandent expressément, sans que personne puisse la demander pour eux. Telle était la décision d'Ulpien rapportée par Modestinus (*fr.* 2, § 4 *et* 5, *qui pet. tut.*), et le texte de ce dernier ne laisse aucun doute sur la différence qui existe ici entre la nomination du curateur et celle du tuteur. (V. *fr.* 2, *pr. et* § 1, *eod.*)

Toutefois, et à moins qu'il n'obtienne du prince lui-même une dispense d'âge, le mineur qui a volontairement reçu un curateur ne peut plus, avant sa majorité, c'est-à-dire avant l'âge de vingt-cinq ans, reprendre l'administration de ses biens. Telle est, selon Vinnius, dont l'opinion est adoptée par Voet (*ad pand. libr.* 27, *tit.* 10, *n*° 2) et par Pothier (*pand. just. XXVI*, *V*, 28), la question décidée par Ulpien dans les textes (*fr.* 1 *in fin.*; *fr.* 2 *et* 3, *de minor.*) que Cujas oppose à celui des Institutes, en accusant Tribonien d'une incurie qui n'est pas démontrée. Caïus ne nous fournit sur ce point aucune lumière. (*Voyez* toutefois Heineccius, *elem. jur.* 171.)

273. Cette règle, qu'un mineur ne reçoit point de curateur malgré lui, souffre exception : 1° pour les procès (*text. hic*); 2° pour les paiemens qu'il aurait à recevoir; 3° pour les comptes que son tuteur aurait à lui rendre. Dans ces différens cas, si le curateur n'est pas demandé par le mineur lui-même, il peut l'être par l'adversaire, par le débiteur ou par le tuteur, qui veulent assurer la validité de la procédure, celle du paiement ou des comptes. (*Ulp. fr.* 7, § 2, *de minor.*; *Anton. C.* 1, *qui pet. tut.*; *Gordian. C.* 7, *eod.*)

Remarquons ici que les curateurs, à la différence des tuteurs, peuvent être donnés *ad certam causam*.

§ III.

274. La loi des Douze-Tables avait placé les fous et les prodigues sous la curatelle légitime de leurs agnats. La folie prive celui qui en est atteint de toute raison, et conséquemment de toute capacité; on n'a donc pas besoin d'interdire à un fou l'exercice des facultés qu'il n'a pas. Le prodigue a des facultés dont il abuse, et dans son propre intérêt il faut lui défendre d'administrer ses biens. De là cette différence, que les fous doivent avoir un curateur par cela seul qu'ils sont fous, tandis que les prodigues ne deviennent incapables de contracter, d'aliéner, de tester, et ne tombent en curatelle qu'après que le préteur leur a ôté, par une sentence expresse, l'administration de leurs biens. (V. *Paul.* 3 *sent.* 4, § 6 *et* 7; *Vinnius, hic*; *Pothier, pand. just. XXVII, X,* 1.)

La curatelle dont il s'agit ici diffère essentiellement de celle des mineurs, qui est toujours dative et limitée à l'âge de vingt-cinq ans, tandis que ce même âge ne fait que commencer la curatelle des fous, prodigues, etc.; car s'ils reçoivent un curateur avant leur majorité, c'est comme mineurs, plutôt que comme fous ou prodigues. (*Ulp. fr.* 3, § 1, *de tutel.*; *Anton.*, *C.* 1, *de cur. fur.*)

Cette curatelle est, comme la tutelle légitime, déférée aux agnats, et dans le cas seulement où le père de famille serait mort intestat. Toutefois la curatelle n'est pas, comme la tutelle, une charge imposée aux héritiers présomptifs du fou ou du prodigue; car l'un et l'autre, à la différence des impubères, peut avoir sous sa puissance (*Ulp. fr.* 8, *de his qui sui*) des enfans qui excluraient de l'hérédité tous les agnats. Aussi, relativement à la curatelle des affranchis, n'a-t-on jamais étendu au patron ce que la loi des Douze-Tables avait dit des agnats.

275. Ainsi les affranchis n'avaient jamais de curateur légitime; mais on y suppléait par une troisième espèce de curateur que les magistrats nomment aux majeurs de

vingt-cinq ans (1), lorsqu'ils ont besoin d'en recevoir un.

Effectivement, la loi des Douze-Tables, en déférant aux agnats la curatelle des fous et des prodigues, ne la déférait que dans le cas où ces derniers se trouvaient héritiers légitimes d'un père décédé intestat. Dans le cas contraire, comme les curateurs ne se constituent point par testament, il devenait indispensable de recourir au magistrat, même pour les fous et les prodigues. Celui-ci nommait des curateurs non-seulement à beaucoup d'ingénus qui n'avaient aucun agnat, ou dont les agnats se trouvaient inhabiles aux fonctions de curateur (*Caïus*, *fr.* 13, *de curat. fur.*), mais encore à tous ceux que leur père aurait déshérités ou institués dans son testament, et notamment aux affranchis qui ne peuvent jamais avoir ni père légitime ni agnat. (*Ulp.* 12, *reg.* 3; *voyez* sur ce point le commentaire de Janus à Costa, et les notes de Cujas, ainsi que ses paratitles *ad cod. lib.* 5, *tit.* 70.)

On voit d'après cela que si les fous et les prodigues étaient quelquefois sous la curatelle de leurs agnats, c'était le cas le plus rare. Aussi notre texte dit-il qu'ordinairement le curateur est nommé par le magistrat (*solent dare.*)

§ IV.

276. C'est encore au magistrat qu'il appartient de nommer le curateur des imbéciles, des sourds, des muets et des autres incurables dont la loi des Douze-Tables n'avait pas parlé, et qui par conséquent n'ont jamais de curateur légitime. Nous avons déjà vu (132) que les décisions prises pour le cas de démence ne s'appliquent pas directement au cas de folie, et ici nous apercevons encore entre l'une et l'autre une différence sensible. En effet, la folie, bien qu'elle obscurcisse toutes les facultés intellectuelles, ne les obscurcit cependant ni toujours, ni pour toujours, puisqu'elle est susceptible d'intervalles lucides, et même de guérison; tandis que la démence fait perdre l'esprit sans retour. (*Ev. Otto, hic.*)

Au surplus, les sourds et les muets, bien qu'ils reçoivent un curateur, ne sont cependant pas absolument incapables d'agir par eux-mêmes. Il faut examiner à cet égard la nature des actes, pour connaître ceux qu'une infirmité particulière empêche ou n'empêche pas de faire. (V. 576; § 7, *de inutil. stipul.*; § 3, *quib. non est perm.*; § 7, *de hered. qual.*)

§ V.

277. Une quatrième espèce de curateurs se donne aux pupilles, dans plusieurs cas pour lesquels il suffit de recourir au texte de notre paragraphe, en y joignant le § 3, *de auct. tut.*, et le § 2, *de excus.*

Remarquez toutefois la distinction qui résulte de ce texte entre le tuteur légitime et les tuteurs testamentaires ou datifs; l'inaptitude de ces derniers ne suffit pas pour qu'on leur adjoigne toujours un curateur; il faut encore qu'ils soient exempts de toute espèce de fraude (*nec tamen fraudulenter administret*), parce que, dans le cas contraire, on n'hésiterait pas à les écarter comme suspects. (V. *Gordian.*, *C.* 6, *de susp. tut.*) La même observation n'a pas été faite pour le tuteur légitime. En effet, lorsqu'il est *non idoneus*, on peut toujours lui adjoindre un curateur, et par conséquent le maintenir, quoique suspect (*Modest. fr.* 9, *de suspect.*), à cause des égards qui lui sont dus comme parent ou comme patron du pupille. (V. § 2, *de susp. tut.*)

§ VI.

278. Outre les curateurs qui sont donnés au pupille pour suppléer le tuteur, on peut aussi, lorsque l'âge, une maladie ou l'étendue des affaires empêchent ce dernier d'y suffire, nommer, pour représenter le pupille dans un procès, un agent (*actor*) désigné par le tuteur et constitué à ses risques et périls par le préteur (*text. hic*; *Paul. fr.* 24, *de adm. et peric.*). La nomination de cet agent judiciaire est indispensable dans le cas prévu par notre texte, c'est-à-dire lorsque le pupille est absent ou enfant; car autrement le pupille présent et au-dessus de l'enfance peut, avec l'autorisation du tuteur, constituer simplement un procureur que le tuteur ne pourrait pas constituer seul, du moins en tout état de cause. (V. *Alex. C.* 11, *de procur.*)

(1) *Furioso et aliis extra minores.* Voyez au Digeste, *liv.* 27, la rubrique du *titre* 10.

§ I.

279. Dans tous les cas où il y a lieu de donner un curateur, il est nommé par les magistrats qui nomment les tuteurs (*text. hic*; § 3, *h. t.*; § 4, *de atil. tut.*). Quant au curateur désigné par testament, appliquez ici ce qu'on a dit précédemment (213, 214) sur le § 5 *de tutel.*

Toute curatelle finit avec les causes qui l'ont fait établir; savoir : celle des pupilles à leur puberté, et celle des mineurs à l'âge de vingt-cinq ans, sauf à demander ensuite un nouveau curateur, s'il en est besoin. (*Paul. fr.* 25, *de tut. et cur.*; *Ulp. fr.* 3, § 1, *de tutel.*) D'après le même principe, la curatelle des prodigues, celle des fous, insensés, sourds, muets, etc., cesse dès qu'ils sont corrigés ou guéris. (*Ulp. fr.* 1, *de curat. fur.*)

Nous parlerons plus loin des comptes et de la responsabilité des curateurs. (*V.* § 2, *de oblig. quasi ex contract.*)

TITRE XXIV.

DE LA CAUTION DES TUTEURS ET CURATEURS.

280. Il reste à parler de quelques points communs aux tuteurs et aux curateurs; et l'on commence, dans ce titre, par la caution qu'ils doivent fournir avant de gérer, et sans laquelle ils ne feraient aucun acte valable. (V. *Diocl. et Max. C.* 3. *de tut. vel cur. qui sat.*; *Constant. et Max. C.* 5, *eod.*) Avant d'entrer en fonctions, les tuteurs et curateurs doivent aussi faire inventaire. (*Ulp. fr.* 7, *de adm. et peric.*; *Just. C. ult.*, § 1, *arbitr. tut.*), et Justinien a voulu, en outre, qu'ils jurent d'administrer fidèlement (*nov.* 78, *cap. ult.*).

PR.

281. Caution, mot qui dérive du latin *cavere*, *cautum*, se dit en général de toute sûreté, garantie ou précaution que l'on prend pour soi ou pour autrui; et l'on en distingue, en droit, plusieurs espèces : une promesse verbale, un billet, une quittance, un gage, sont des cautions; le serment se nomme caution juratoire (§ 2, *de satisd.*); et, lorsque, pour mieux assurer l'accomplissement d'une obligation, une tierce personne, que l'on appelle fidéjusseur, intervient et joint son engagement à celui du principal obligé, alors la caution ou la sûreté qui résulte de la fidéjussion, prend une dénomination spéciale : on l'appelle *satisdatio*. Telle est la caution que les tuteurs et curateurs doivent fournir à ceux dont ils administrent les biens, *ne... negotia... consumantur vel diminuantur* (*text. hic*; *Caïus*, 1 *inst.* 199; *voyez* le titre *de fidejuss.*, et Pothier, *pand. just. L. XVI*, 40).

282. Les tuteurs et curateurs ne sont cependant pas tous obligés de fournir cette satisdation. On excepte d'abord les tuteurs testamentaires (*text. hic*; *Ulp. fr.* 17, *de test. tut.*), et cela, comme le dit notre texte, parce que le choix du père garantit suffisamment leur fidélité. Le même motif s'applique aux tuteurs et curateurs qui, quoique désignés par le père dans son testament, ont eu besoin d'être confirmés par le magistrat. On les assimile ici aux tuteurs testamentaires, et conséquemment on les dispense de fournir caution (*Julian. fr.* 3, *de confirm. tut.*; *Justin. C.* 27, *de episc. aud.*; *C. ult.*, § 5, *de curat. fur.*), mais sans étendre la même faveur aux tuteurs et curateurs confirmés sur un choix autre que celui du père de famille. (*Papin. fr.* 5, *de confirm. tut.*; V. 213, 214.)

On excepte 2°, parmi les tuteurs et curateurs datifs, ceux qui seraient nommés *ex inquisitione*; dans ce cas, l'examen qui précède leur nomination est considéré comme une garantie suffisante (*text. hic*; *Papin. fr.* 13, § 2, *de tut. et cur. dat.*). Nous avons vu précédemment (253) que la nomination sur enquête se fait par les magistrats supérieurs. Quant aux magistrats municipaux, ils nomment sans enquête, et par conséquent doivent exiger caution. (V. *Papin. fr.* 5, *de confirm. tut.*)

Les tuteurs légitimes sont tenus de fournir caution; cependant le père et le patron peuvent aussi, en connaissance de cause, être dispensés par le préteur; mais ils ne le sont pas de plein droit. (*Ulp. fr.* 5, § 1, *de legit. tut.*; *Papin. fr.* 13, § 1, *de tut. et cur. dat.*)

§ Ier.

283. Quoique généralement dispensés, les tuteurs et curateurs ci-dessus désignés

peuvent encore se trouver indirectement amenés à donner caution, lorsqu'ils sont plusieurs. En effet, dans ce cas, l'administration est ordinairement confiée à un seul tuteur onéraire, tandis que les autres restent tuteurs honoraires sans fonction, mais toujours responsables. (*Ulp. fr.* 3, § 2 *et* 6, *de adm. et per. tut.*) Il est juste alors que le premier donne caution, sinon dans l'intérêt des pupilles, que garantit déjà la responsabilité des tuteurs honoraires, du moins dans l'intérêt et pour la sûreté de ces derniers. (V. § 20, *de inutil. stipul.*)

Toutefois ceux-ci ne peuvent pas exiger de leur collègue, tuteur onéraire, une caution dont il est dispensé : seulement ils peuvent lui proposer de prendre l'administration en sa place; et comme il n'aurait alors aucune raison d'accorder à ses collègues une confiance qu'ils ne lui accordent pas, ceux qui lui proposent de céder la gestion doivent en même temps offrir caution pour lui garantir son indemnité. Celui à qui cette proposition est faite est libre de l'accepter ou de la rejeter; et dans ce dernier cas, il conserve son administration, mais sous la condition à laquelle les autres se soumettaient, c'est-à-dire à la charge de fournir caution.

Voilà pour le cas où la caution est offerte; tout ce qui est dit dans le texte, jusqu'à ces mots *quod si nemo*, est commun aux tuteurs et curateurs, soit datifs, soit testamentaires. (V. *text. hic*; *Modest., fr.* 7, *rem pup. salv. Ulp.*; *fr.* 17, *de test. tut.*)

284. Si personne n'offre caution l'administration reste à la personne désignée, soit par le testament, soit à défaut de désignation testamentaire, par la majorité des tuteurs ou curateurs eux-mêmes, soit enfin, lorsque ceux-ci ne peuvent s'accorder, par le magistrat. La suite du texte jusqu'à ces mots *idem et in pluribus*, est particulière aux tuteurs testamentaires; mais la fin du paragraphe rend la même disposition applicable aux tuteurs et curateurs donnés sur enquête. (V. *Ulp. fr.* 3, § 7, *de adm. et peric.*)

L'administration peut aussi se diviser entre les cotuteurs, soit par l'acte même de nomination, ainsi qu'on l'a vu plus haut (222), soit postérieurement sur la demande des cotuteurs qui prennent chacun des arrondissemens ou des parties différentes (V. *Ulp. fr.* 3, § *ult.*; *fr.* 4, *eod.*), sans répondre, dans ce cas, les uns pour les autres. (V. *Tryph. fr.* 55, *eod.*; *Alex. C.* 2, *de peric. tut.*)

§ III.

285. Si les tuteurs obligés de donner caution ne la fournissent pas, on les contraint *pignoribus captis*, c'est-à-dire, suivant Théophile, en saisissant par ordre du magistrat une partie de leurs biens, que l'on retient en gage; et si la rigueur qu'on exerce ainsi contre eux ne dompte pas leur résistance, ils sont traités comme suspects. (*Alex. C.* 3, *de suspect. tut.*; voyez ci-après le titre 26.)

§ II.

286. Les tuteurs et curateurs sont, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, responsables de leur gestion. Nous reviendrons plus tard sur les obligations qu'elle leur impose (§ 1 *et* 2, *de obl. quasi ex contract.*), et sur le recours qui peut être exercé à cet égard contre le fidéjusseur qui les aurait cautionnés (V. le titre *de fidejuss.*); pour le moment il s'agit ici de l'action à laquelle sont soumis les magistrats eux-mêmes lorsqu'ils ont négligé de faire donner caution, ou lorsqu'ils ont admis une caution insuffisante (*text. hic*); car le magistrat chargé de recevoir cette caution la reçoit à ses risques et périls (§ 5, *de atil. tut.*). Toutefois il ne répond de sa négligence qu'en raison du préjudice qu'elle aurait causé au pupille, préjudice qui n'existe pas lorsque le tuteur se trouve solvable à la fin de sa gestion. (*Paul. fr.* 53, *de admin. et per.*) En effet, cette action, purement subsidiaire, doit toujours être le dernier de tous les recours, *ultimum remedium*, dit notre texte.

D'après les réponses des prudens, et d'après les constitutions impériales (*text. hic*; *Ulp. fr.* 6, *de magistr. conv.*), cette même action se donne aussi contre les héritiers du magistrat, mais moins rigoureuse que contre le magistrat lui-même; car il serait tenu de toute espèce de faute, et ses héritiers ne sont tenus pour lui que de ses fautes graves. (*Ulp. fr.* 4, *eod.*; *Alex. C.* 2, *eod.*)

§ IV.

287. Les magistrats inférieurs, chargés d'exiger la caution, sont soumis à l'action

subsidiaire quand même ils auraient droit de nommer les tuteurs. (V. *Ulp. fr.* 2, § *ult.*; *Julian. fr.* 3, *de magistr. conv.*) Ainsi les paroles de ce texte, qui semblent exempter de cette responsabilité tous les magistrats compétens pour nommer, doivent s'entendre seulement des magistrats supérieurs qui exercent le droit de nommer dans toute sa plénitude, sans attendre la permission d'aucun supérieur. (*V.* Vinnius, *hic*, et Pothier, *pand. just. XXVII, VIII*, 9.)

TITRE XXV.

DES EXCUSES DES TUTEURS ET CURATEURS.

288. Tout citoyen a des obligations envers l'État, et chacun doit remplir, même au préjudice de son intérêt privé, les charges que l'on appelle publiques, soit parce qu'elles sont dans l'intérêt général, soit parce qu'elles pèsent sur tous les citoyens, sans qu'elles personne puisse en être dispensé autrement que par un motif légal. (V. *Pompon. fr.* 239, § 3, *de verb. signif.*) La tutelle et la curatelle sont des charges publiques (*publicum munus*; *pr.*, *h. t.*), sous ce dernier rapport seulement; car elles n'exigent aucun sacrifice de la part du tuteur ou curateur qui gèrent gratuitement, mais sans être obligé de rien mettre du leur. En effet, on leur accorde pour se faire payer, non de leurs soins, mais de leurs dépenses, une action, dont nous parlerons plus tard. (V. § 1 *et* 2, *de oblig. quæ quasi ex contr.*)

§ XVI.

289. S'excuser, c'est réclamer devant le magistrat, et lui présenter un motif pour être dispensé de prendre ou de continuer les fonctions de tuteur ou de curateur. Chacun peut en général renoncer à tous les droits introduits en sa faveur, et par conséquent à un moyen d'excuse; mais après y avoir renoncé, soit expressément, en promettant d'avance au père de famille de gérer la tutelle de ses enfans (§ 9, *h. t. Modest. fr.* 15, § 1, *h. t.*), soit tacitement, en s'immisçant dans la gestion (*Philip. C.* 2, *si tut. vel cur. fals.*), ou en laissant écouler le temps fixe pour se faire décharger (*Modest. fr.* 13, § 1, *h. t.*), on n'est plus admis à se prévaloir du droit abandonné. Toutefois celui qui ne fait d'abord valoir qu'une partie de ses motifs ne renonce pas au reste; et après le rejet des premières excuses, rien ne l'empêche de recourir aux autres, s'il est encore dans les délais (*text. hic*).

290. Ces délais commencent à courir du jour où les tuteurs et curateurs ont connu leur nomination. Ils sont de cinquante jours continus (*continuos*), c'est-à-dire comptés de suite et sans en retrancher aucun; tandis, au contraire, que dans une autre manière de compter, par jours utiles, on déduit tous ceux où l'on ne pourrait pas agir, par exemple ceux où le magistrat ne donne pas audience. (*Ulp. fr.* 1, *de divers. temp. prescrip.*)

Le délai augmente à raison des distances pour celui qui demeure à plus de cent milles du lieu où les tutelles et curatelles sont déférées. On donne alors trente jours fixes, plus un jour par vingt milles. Mais ce calcul n'est avantageux aux tuteurs et curateurs que lorsque, demeurant à plus de quatre cents milles, ils peuvent, aux trente jours fixes, ajouter en raison de la distance plus de vingt jours. Au surplus cette manière de compter ne préjudicie à personne, car on ne donne jamais moins de cinquante jours. (*text. hic*; *Modest. fr.* 13, § 2, *h. t.*)

291. Le moyen ordinaire pour faire réformer la sentence d'un magistrat est de la dénoncer à un juge supérieur. C'est ce qu'on nomme appeler. Les tuteurs légitimes ou testamentaires n'ont pas d'appel à exercer, puisqu'ils ne sont pas nommés par sentence; dans la tutelle dative, ce n'est pas non plus par voie d'appel qu'on réclame contre le jugement qui la défère. Le tuteur ou curateur s'excuse devant le même magistrat qui l'a nommé, sauf à se pourvoir par appel contre la sentence qui rejetterait l'excuse; c'est une différence introduite par Marc-Aurèle entre l'excuse des tutelles ou curatelles, et celles des autres charges publiques (*text. hic*; *Ulp. fr.* 1, § 1, *quand. appell.*).

§ XVII.

292. L'administration du tuteur s'étend à tout le patrimoine; il devrait donc régulièrement s'excuser pour le tout, et non pour partie. Mais de même que l'administration peut, en certains cas, se diviser

(222), on peut aussi s'en exempter pour partie, par exemple, lorsque les biens sont situés dans des provinces différentes. (*Ulp. fr.* 19; *Marcian. fr.* 21, § 2, *h. t.*)

§ XX.

293. La chose jugée est en général tenue pour vraie (*Ulp. fr.* 207, *de reg. jur.*); cependant une sentence rendue sur de faux motifs peut être rescindée. (V. *Callistr. fr.* 33, *de re judic.*) Nous avons vu précédemment une exception (§ 6, *qui et ex quib. caus.*); celle que l'on nous présente ici a lieu dans un sens tout contraire, puisque la sentence est nulle de droit, et sans avoir besoin de demander aucune rescision. (*Alex. C., si tut. vel. cur. fals.*) C'est une faveur accordée aux mineurs. Ainsi, dans le cas prévu, le tuteur ou curateur reste exposé à toute la responsabilité que lui impose cette qualité (*text. hic; voyez* Vinnius, *hic*, et Perèze, *ad Cod. lib.* 5, *tit.* 63).

294. Quant aux motifs d'excuse, ils sont très-nombreux. Les principaux, rapportés ici par Justinien, seraient susceptibles de se classer en plusieurs divisions; car, 1° la plupart sont communs aux tuteurs et curateurs, tandis que les § 18 et 19 présentent deux motifs particuliers à la curatelle; 2° certaines excuses dispensent pour toujours, d'autres pour un certain temps; 3° les unes permettent simplement de ne pas prendre la gestion, les autres permettent de déposer une administration commencée; 4° il en est que le juge ne peut se dispenser d'admettre comme les excuses motivées sur le nombre des enfans, sur l'âge, etc.; il en est d'autres au contraire qu'il peut admettre ou rejeter, après examen et selon les circonstances, comme les excuses fondées sur une maladie, sur la pauvreté, sur l'inimitié, etc.

Toute cette partie du titre étant, pour ainsi dire, de pure énumération, je joindrai de simples notes au texte (1); et pour mettre plus d'ordre, je distinguerai trois classes d'excuses, d'après les motifs qui leur servent de fondement.

(1) Consultez sur cette matière les FRAGMENTA VATICANA, titre 4, *de excusatione*.

PREMIÈRE CLASSE.

295. Excuses fondées sur un privilége, comme le nombre des enfans, les fonctions publiques, la profession des arts libéraux.

PR.

296. TRES ROMÆ IN ITALIA QUATUOR, etc. C'est un reste des anciennes différences entre Rome, l'Italie et les provinces. (V. § 40, *de rer. divis.*) Remarquez que le nombre des enfans n'excuse jamais un père de la tutelle ou curatelle de ces mêmes enfans. (*Paul. fr.* 36, § 1, *h. t.*)

SIVE IN POTESTATE, SIVE EMANCIPATI. Ce privilége accordé, comme plusieurs autres, par la loi Pappia-Poppea pour favoriser la population, résulte, sans aucune distinction de puissance paternelle, du nombre d'enfans dont on enrichit l'État. Voilà pourquoi les enfans adoptifs ne comptent jamais qu'à leur père naturel. Les enfans conçus sont, à plusieurs égards, considérés comme déjà nés; mais cette fiction, admise dans l'intérêt de l'enfant, ne profite jamais à aucun autre que lui (*Paul. fr.* 7, *de stat. hom.*) Ainsi l'enfant conçu ne contribue nullement à faire exempter son père, soit de la tutelle, soit de toute autre charge civile. (*Modest. fr.* 2, § 6, *h. t.*)

EX FILIA NON PROSUNT, parce qu'ils comptent à leur père, et ne peuvent servir à excuser deux personnes.

§ I.

297. SEMESTRIBUS. Les semestres de Marc-Aurèle sont des conseils qu'il tenait pendant six mois, et qu'il paraît avoir établis à l'exemple d'Auguste. (V. *Vinnius*, *hic.*)

RES FISCI, c'est-à-dire le domaine du prince, distinct du trésor public, que l'on appelait *ærarium*, et qui sous les derniers empereurs fut confondu avec le fisc proprement dit.

§ II.

298. QUATENUS ABSUNT. Excuse perpétuelle pour les fonctions déférées pendant l'absence ou dans l'année du retour, et

temporaire pour celles dont on était chargé auparavant.

Curator loco eorum. C'est une règle générale pour tous les tuteurs excusés temporairement (§ 5, *de curat.*).

§ III.

299. Qui potestatem aliquam habent ; c'est-à-dire les gouverneurs de province et autres fonctionnaires auxquels appartient le *imperium* ou le droit de glaive pour sévir contre les criminels, fonctionnaires qu'il ne faut pas confondre avec les magistrats proprement dits (V. *Paul. fr.* 215, *de verb. signif.*; *Ulp. fr.* 3, *de jurisd.*). Toutefois les magistrats même inférieurs sont excusés (*Modest. fr.* 6, § 16; *Callistr. fr.* 17, § 5, *h. t.*), sans que le même privilége s'applique aux édiles. (*Callistr. d. fr.* 17, § 4; V. *Modest. fr.* 15, § 12, *h. t.*)

Deserere non possunt, même pendant la durée de leur magistrature, à la différence du cas d'absence (§ 2, *h. t.*; *Callistr. fr.* 17, § 5, *h. t.*).

§ XV.

300. Romæ et in patria sua. Il faut exercer dans sa patrie. Rome est la patrie commune. (*Modest. fr.* 6, § 11, *h. t.*)

Intra numerum. Il y a dans chaque ville un nombre d'exemptions limité pour chacune des différentes professions libérales. (*Modest. fr.* 6, § 2, 7 *et* 9, *h. t.*)

SECONDE CLASSE.

Excuses fondées sur le danger que pourrait avoir l'administration de certaines personnes, à raison de procès, d'inimitiés, ou par abus d'autorité.

§ IV.

301. De omnibus bonis, ou même sur la majeure partie (*Marcian. fr.* 21, *h. t.*). Autrefois les débiteurs et créanciers du pupille n'étaient point excusés. Justinien (*nov.* 72 *et* 94) les déclare tous incapables, à l'exception de la mère.

§ IX.

302. Propter inimicitias, c'est-à-dire uniquement pour imposer une charge à la personne désignée. Le père peut sans doute nommer par testament qui bon lui semble ; mais ce droit est accordé à son affection pour le pupille, et non pas à la malveillance qu'il pourrait avoir contre le tuteur. Au surplus, le père qui nomme une personne dont il aurait à se plaindre, n'est pas présumé l'avoir nommée par inimitié ; son choix peut même être regardé comme une preuve de confiance, et par conséquent d'un retour à des dispositions plus amicales. (*Modest. fr.* 6, § 17, *h. t.*)

§ X.

303. Hoc solo, etc. Se dire inconnu au père, c'est écarter le soupçon de toute inimitié dans les motifs du choix fait par ce dernier.

Divi fratres. C'est-à-dire Marc-Aurèle, autrement appelé Marc-Antonin ou Antonin le philosophe, et son frère adoptif Lucius Verus.

§ XI.

304. Quas quis exercuit. Il s'agit ici de l'inimitié du tuteur, par opposition au cas précédent. Cette excuse, comme celle qui résulte de l'existence d'un procès, est accordée au tuteur, afin qu'il puisse éviter les soupçons et la destitution auxquels il pourrait se trouver exposé. (*Ulp. fr.* 3, § 12, *de susp. tut.*)

Reconciliatio, de la part du tuteur, à qui seul, comme offensé, appartient, dans ce cas, le droit de pardonner.

§ XII.

305. Status controversiam. Par exemple, lorsqu'on lui a contesté l'état d'homme libre, contestation considérée comme aussi grave qu'une accusation capitale. (V. *Ulp. fr.* 14, *de bon. libert.*)

§ XIX.

306. Excusare se posse. Abusivement, pour dire qu'il est incapable. Le mot d'excuse est quelquefois pris dans le sens d'in-

capacité à l'égard des sourds, des muets, des fous (*Philip. C.* 1, *qui morb.*), qui tous sont réellement inadmissibles, du moins à la tutelle dative, ainsi qu'on l'expliquera plus loin, sur le § 13.

Licet se immisceat. Le mari est incapable de devenir curateur de son épouse, comme le curateur d'épouser la femme dont il a géré la fortune, et par la même raison (156). De là vient qu'il peut s'excuser, même après avoir géré, ce qu'il ne pourrait pas faire si, au lieu d'une véritable incapacité, il n'existait ici qu'une simple excuse, à laquelle on serait censé avoir renoncé en s'immisçant dans l'administration. (*Philip. C.* 2, *si tut. vel cur. fals.*)

TROISIÈME CLASSE.

307. Excuses fondées sur la nécessité de proportionner les charges aux facultés de chaque personne.

§ V.

308. Tria onera. Trois tutelles ou curatelles, administrées par le père ou par ses enfans sous sa responsabilité, sont une excuse pour lui et tous ses fils de famille. (*Ulp. fr.* 5, *h. t.*)

Non affectatæ. Les charges auxquelles on se serait volontairement offert ne comptent pas. (*Modest. fr.* 15, § 15, 5, *h. t.*)

Quandiu administrantur. Ainsi l'on ne compte pas une administration qui serait déjà finie ou même prête à finir. (*Callistr. fr.* 17, *h. t.*)

Pro una. Ce n'est pas le nombre des pupilles que l'on considère, mais le nombre des patrimoines gérés séparément (*Ulp. fr.* 3, *h. t.*), et une seule tutelle, lorsqu'elle est compliquée, suffit pour exempter. (*Paul. fr.* 31, § 4, *h. t.*)

§ VI.

309. Imparem. Il serait injuste d'occuper gratuitement l'homme qui a besoin de son travail pour vivre. Au reste, la pauvreté n'est pas un moyen d'exclusion (§ 12, *de susp. tut.*).

§ VII.

310. Excusatio locum habet, pour toujours ou pour un temps, selon que la maladie est elle-même perpétuelle ou temporaire. (*Modest. fr.* 12, *h. t.*)

§ VIII.

311. Qui litteras nesciret, à cause de la difficulté de tenir des comptes, lorsqu'on ne sait ni lire ni écrire.

Quamvis, etc. Proposition séparée, pour dire que sans savoir lire ni écrire, on peut être en état de gérer, auquel cas on n'a plus d'excuse. (*Modest. fr.* 6, § 19, *h. t.*)

§ XIII.

312. Olim excusabantur. Le mineur de vingt-cinq ans, nommé par testament, ne devient réellement tuteur qu'à sa majorité (§ 2, *qui test. tut.*). Il n'a jamais pu être nommé par les magistrats : ainsi tout ce qu'innove ici Justinien n'est applicable qu'à la tutelle légitime. Elle était réellement déférée aux mineurs, et même aux impubères, mais sans fonctions : on mettait un curateur jusqu'à leur majorité (*Modest. fr.* 10, § 7, *h. t.*; V. *Ulp.* 11, *reg.* 20.), parce qu'ils n'étaient éloignés que temporairement de l'administration. (V. § 5, *de Curat.*) Justinien les déclare incapables ; dès lors plus de curateur. La tutelle doit passer de suite aux autres tuteurs légitimes, ou, s'il ne s'en trouve pas, à un tuteur datif. Telle est à peu près toute la différence qui résulte de ce changement. (V. *Vinnius, hic.*)

Outre le mineur, il y a encore d'autres incapables, comme les esclaves, et, sauf quelques exceptions, les femmes. (*Caius et Nerat. fr.* 16 et 18 *de tut.*; *Diocl. et Maxim. C.* 7, *qui dar. tut.*)

313. Les fous, les sourds, les muets ne peuvent être nommés par le magistrat (*Paul. fr.* 1, § 2 et 3, *de tut.*), et lorsqu'ils viennent de plein droit à la tutelle légitime, ils n'en exercent pas les fonctions. (V. *Ulp.* 11 *reg.* 20, 21, 22.) Ce que Justinien a dit du mineur leur paraîtrait applicable d'après les motifs, mais non d'après les termes de sa constitution. (V. *C.* 5, *de legit. tut.*)

§ XIV.

314. Idem. Comme pour le mineur. Le vétéran, c'est-à-dire celui qui a cessé d'être militaire, n'est plus incapable, mais il peut

être excusé dans plusieurs cas. (*Modest. fr.* 8, *h. t.*)

§ XVIII.

315. Curator fieri. Cette excuse et celle du § 19 sont particulières à la curatelle.

Testamento adjecit. La nomination ne vaut pas en vertu du testament, mais en vertu de la confirmation, et c'est à compter du jour où l'on a connu cette confirmation, que, dans ce cas et autres semblables, commence à courir le délai des excuses. (*Modest. fr.* 16, *h. t.*)

TITRE XXVI.

DES TUTEURS ET CURATEURS SUSPECTS.

316. Le texte de ce titre est un abrégé très-exact des principes contenus dans le même titre au Digeste. On voit clairement dans les § 5 et 12 ce que c'est qu'un tuteur ou curateur suspect ; dans le *pr.*, l'origine de cette accusation ; dans le § 1, le juge compétent pour en connaître ; dans le § 2, les différentes classes de tuteurs exposés à cette accusation ; dans les § 3 et 4, les personnes admises à poursuivre ; et enfin dans le § 6, les effets de la destitution.

Il suffira donc de quelques notes sur le texte.

PR.

317. Crimen ne s'entend pas ici du délit en lui-même, mais de la poursuite criminelle qui en résulte.

§ Ier.

318. Removendi. Cette accusation n'a d'autre but que d'écarter le suspect et de lui retirer l'administration. Aussi les poursuites cessent, non-seulement par la mort de l'accusé, comme toutes les poursuites criminelles, mais par toutes les causes qui finissent la tutelle, et remplissent ainsi, d'une manière plus simple, le but de l'accusation. (§ 8, *h. t.*; *Papin. fr.* 1, *h. t.*)

§ II.

319. Famæ patroni parcendum. On ménage la réputation du patron, comme celle du tuteur qui serait parent ou allié du pupille ; ainsi l'on pourra, au lieu de les écarter, se contenter de leur adjoindre un curateur. (*Modest. fr.* 9, *h. t.*; V. § 5, *de curat.* 276.)

§ III.

320. Quasi publicam, c'est-à-dire susceptible d'être exercée par tout citoyen (§ 1, *de publ. jud.*) : l'accusation du tuteur suspect peut même être exercée par les femmes ; et, sous ce rapport, comme sous plusieurs autres, elle diffère des actions proprement dites publiques. (*Vinnius, hic*)

§ IV.

321. Impuberes non possunt, parce que l'infidélité du tuteur doit être prouvée et démontrée par les actes mêmes d'une administration que le pupille est incapable d'apprécier.

§ V et XII.

322. Licet solvendo sit.... (§ 5, *h. t.*).... Etiam si satis offerant (§ 12, *h. t.*). C'est la fidélité et non la fortune des tuteurs ou curateurs qu'il faut considérer. A la vérité, l'indemnité du mineur est garantie par leur fortune ou par celle de la caution ; mais il vaut mieux prévenir le mal que le réparer. (V. § 12, *h. t.*; *Ulp. fr.* 5, *h. t.*)

§ VI.

323. Dolum... Culpam... La faute consiste dans la négligence ; le dol, dans l'intention de nuire. (*Ulp. fr.* 213, § 2, *de verb. sign.*; *fr.* 1, § 2, *de dol. mal.*)

§ IX.

324. Copiam sui. Le tuteur ne doit pas dépenser tous les revenus du pupille pour son entretien. Le préteur détermine ce qu'il croit convenable à cet égard, d'après la fortune du pupille. En conséquence, le tuteur doit se présenter pour faire une déclaration sincère, à peine de payer de plus forts intérêts pour ce qui ne serait pas déclaré. (*Ulp. fr.* 3, § 1, 2, 3, 4 et 5, *ubi pupil. educ.*)

325. Distrahi jubentur. Les créanciers envoyés en possession des biens de leur débiteur ne peuvent pas vendre immédiatement, mais seulement en vertu d'une nouvelle permission que le préteur accorde à défaut de paiement. Ici, par faveur pour le pupille, la vente a lieu de suite, sans doute afin de fournir provisoirement aux alimens. (*Vinnius, hic.*)

326. Dato curatore. Ce curateur aux biens n'a rien de commun avec ceux qui sont donnés aux personnes dans les cas expliqués ci-dessus, au titre 23.

Ut suspectus, parce que la saisie des biens ne servirait à rien si on ne destituait pas le tuteur pour faire cesser la tutelle et demander les comptes que l'on ne pourrait pas exiger pendant sa durée.

§ X et XI.

327. Ad praefectum urbi. On renvoie au préfet, parce qu'à lui appartient le droit de punir, et non au préteur, qui n'est chargé que d'écarter le suspect. (*Ulp. fr. 1; pr. et § 7, de off. præf. urb.*)

FIN DU LIVRE PREMIER.

LIVRE SECOND.

TITRE PREMIER.

DE LA DIVISION DES CHOSES ET DE LEUR CARACTÈRE.

PR.

328. Après avoir parlé des personnes *quarum gratia jus constitutum est* (*pr.*, *de jur. pers.*), nous avons à examiner, non plus pour qui, mais sur quoi s'établissent les distinctions de juste et d'injuste. Tous les êtres physiques ou moraux, que l'on considère ici sous ce rapport entièrement passif, rentrent sous le nom de choses dans le second objet du droit; et les choses, dit Justinien en copiant Caïus, se trouvent non-seulement dans notre patrimoine, mais aussi hors de notre patrimoine. Ce n'est pas ici une division, mais plutôt une définition que donne notre texte, pour indiquer toute l'étendue du mot RES, qui ne se restreint point, comme le mot PECUNIA (*Paul fr.* 5, *de verb. sign.*), aux objets que chacun aurait *in patrimonio* ou *in bonis* (V. § 7). Outre ces derniers, que l'on appelle *res singulorum*, on distingue encore plusieurs classes de choses *non singulorum* (§ 6), notamment celles qui ne sont à personne (*nullius* § 7), et celles qui sont communes entre tous les hommes *omnium* (§ 1), ou seulement entre les membres d'une corporation (*universitatis*, § 7).

Justinien même va suivre ici, d'après Marcien (*fr.* 2 *et* 4, *de div. rer.*), les détails de cette distinction.

§ I.

329. L'air, l'eau courante, la mer et ses rivages sont choses communes, en ce sens qu'il n'existe à leur égard aucune distinction de propriété; d'où il suit que chacun peut en user librement, et, par l'usage qu'il en fait, s'approprier l'air qu'il respire, l'eau qu'il puise dans un courant. Pareillement chacun peut naviguer sur la mer, et la place que nous y occupons nous appartient tant que nous l'occupons; car il est dans la nature des choses communes de n'appartenir à personne, mais d'être acquises par occupation à celui qui les tient en sa puissance, et de rentrer, dès que l'occupation cesse, dans leur condition primitive ou naturelle. Ce principe sera développé plus loin (§ 12, *h. t.*) à l'égard des animaux sauvages et des poissons; car les poissons qui vivent dans la mer ne diffèrent en rien de la mer elle-même. (*Nerat. fr.* 14, *de acq. rer. dom.*)

330. On en peut dire autant du rivage. Comme la mer et comme son lit, il n'appartient à personne; par conséquent chacun peut en user librement, ainsi que l'explique notre texte (*text. hic*, et § 5).

Toutefois, à ce libre usage on apporte une restriction importante relativement aux habitations et aux constructions qui existent sur le rivage; car, dit-on, elles ne suivent point la condition de la mer, et ne sont pas, comme elle, du droit des gens, c'est-à-dire communes à tous. Effectivement, le rivage qui n'appartient à personne devient la propriété des premiers occupans, pour tout et autant qu'ils en occupent; et ceux qui construisent sur le rivage en observant les conditions dont nous parlerons ci-après, acquièrent sur le sol même un droit de propriété qui dure autant que leurs constructions (*Marcian. fr.* 5, § 1; *fr.* 6, *de div. rer.*): de là vient la nécessité de s'abstenir des portions de rivage qui, se trouvant déjà occupées, auraient cessé d'être choses communes pour devenir propriété privée.

§ II.

331. Parmi les choses dont chacun peut user avec une égale liberté, et qui sous ce rapport sont toutes *communia omnium*, il

en est plusieurs que l'on appelle ordinairement publiques. Ce sont, comme l'observe Pothier (*pand. just. I, VIII, 9*), des choses qui, plus particulièrement que les autres, semblent attribuées à chaque peuple comme une dépendance de son territoire; par exemple : les ports, les fleuves et leurs rives. (V. *Marcian. fr.* 4, § 1, *eod.*; *Paul. fr.* 3, *de flum.*) Cette distinction ne restreint en rien le droit que chacun a de pêcher, de naviguer sur un fleuve, et de débarquer sur ses rives (*text. hic*) : aussi Marcien n'avait-il point séparé les choses publiques des choses communes; mais Justinien (*pr.*, *h. t.*) les distingue à raison de la différence qui existe entre elles, non quant à l'usage, mais quant à la manière dont chacun pourrait se les approprier par occupation. A cet égard chaque peuple exerce une juridiction exclusive sur tout ce qui pourrait nuire à l'usage auquel la chose publique est naturellement destinée, par exemple, à la navigation des fleuves. (V. *Ulp. fr.* 1, *de flumin.*)

§ III.

332. Ce qu'on vient de dire ici des fleuves et de leurs rives s'applique également au rivage de la mer, c'est-à-dire au terrain que la mer couvre dans ses plus hautes marées (*text. hic*, V. *Cels. fr.* 96, *de verb. sign.*).

§ IV et V.

Le rivage est commun comme la mer et à cause de la mer (*per hoc*, *h. t.*), et par conséquent chacun peut en user librement pour les besoins de la navigation. Sous ce rapport les rives d'un fleuve et les rivages de la mer rentreraient également dans la classe des choses communes; et il suffit de comparer notre texte avec celui de Caïus (*fr.* 5, *de div. rer.*), pour se convaincre que la mer et ses rivages, les fleuves et leurs rives, ne diffèrent en rien quant à l'usage de la navigation. Mais, lorsqu'il s'agit de la propriété des rives et des rivages, alors il faut cesser de les assimiler aux choses qui sont communes dans toute la latitude de l'expression. Et d'abord, quant aux rives des fleuves, la propriété est dans le patrimoine des riverains; et nul ne peut, par occupation, rien acquérir, soit de la rive elle-même, soit des arbres qu'elle nourrit et dont chacun peut cependant profiter pour l'usage qu'indique notre texte. (V. § 4, *h. t.*)

333. Quant au rivage de la mer, il n'appartient à personne (§ 5, *h. t.*), et par suite chacun y devient propriétaire du sol sur lequel il établit ses constructions, pourvu toutefois qu'elles ne nuisent point aux abordages et aux besoins de la navigation (V. *Cels. et Scævol. fr.* 3, § 1; *fr.* 4, *ne quid in loc. pub.*); et comme les particuliers ne sont jamais juges du plus ou moins d'inconvénient que peuvent offrir leurs propres établissemens, on ne peut construire sur le rivage, et devenir par là propriétaire du terrain qu'on y occupe, qu'après avoir obtenu l'autorisation des magistrats. (*Pompon. fr.* 50, *de acq. rer. dom.*) Sous ce rapport, les rivages rentrent dans la classe des choses publiques (V. *Javol. fr.* 112, *de verb. sign.*), et sous la juridiction du peuple dont ils bordent le territoire; c'est en ce sens que, suivant Celse (*d. fr.* 3, *ne quid in loc. pub.*), les rivages appartiennent au peuple qui les tient sous son empire.

§ VI.

334. Les choses dont il est question dans ce paragraphe sont destinées à un usage commun, mais seulement entre les membres d'une corporation (*universitatis*); par exemple, d'une cité, d'un collége, d'une communauté, d'un couvent ou de toute autre association légalement établie. (V. *Ulp. fr.* 1, *quod cujusq. univ.*)

335. Les objets dont chacun pourrait user indistinctement, comme la plupart des chemins qui ne sont jamais fermés à personne, sont choses publiques, et non pas choses *universitatis*. Ne seraient pas non plus choses *universitatis*, dans le sens où nous l'entendons ici, celles qui pourraient appartenir à une corporation, mais sans que l'usage en fût commun à tous ses membres. Dans ce dernier cas, la chose ne serait pas hors du patrimoine; elle serait au contraire *in patrimonio* ou *in pecunia civitatis*, comme dans le patrimoine d'un individu, bien que, par opposition aux propriétés privées, on appelle aussi choses publiques les biens qui seraient ainsi dans le patrimoine de l'État ou d'une corporation. (*Ulp. fr.* 15, *de verb. sign.*; V. *Vinnius*, *hic.*)

§ VII.

336. Nous avons parlé de choses communes entre tous les hommes, dont chacun a l'usage et dont chacun peut même acquérir la propriété par occupation, tant qu'elles n'appartiennent encore à personne. Sous ce rapport, les choses communes se nomment souvent choses *nullius* (*V.* § 5, 12, 22, *h. t.*); mais ici cette expression s'applique spécialement aux choses de droit divin, qui ne sont dans le patrimoine de personne (*nullius in bonis*), et ne peuvent jamais y être. *Voyez* le § 2, *de inutil. stip.*, et le § 5, *de empt. vend.*, ainsi que leur explication.

Les choses *nullius* de droit divin sont sacrées, religieuses ou saintes.

§ VIII.

Elles étaient sacrées ou religieuses, d'après Caïus (2 *inst.* 4), selon qu'elles se trouvaient consacrées aux divinités supérieures, ou abandonnées aux dieux mânes; mais Justinien ne rappelle pas cette origine toute païenne de la distinction qu'il conserve.

337. Chacun peut à son gré rendre un terrain religieux (§ 9, *h. t.*), mais nul ne peut, de son autorité privée, conférer aux choses un caractère sacré : l'objet auquel on voudrait conférer ce caractère resterait profane (*profanum*) tant que la consécration n'aurait pas été faite par qui elle doit l'être, c'est-à-dire par les pontifes (*per pontifices*), et avec les conditions prescrites (*rite*). Ces conditions consistent, non-seulement dans certaines solennités à observer, mais en outre dans l'autorisation du législateur qu'il fallait nécessairement obtenir, une loi nommée Papiria ayant défendu de consacrer aucun bâtiment et aucun terrain sans le consentement du peuple. C'est en ce sens que, suivant Marcien (*fr.* 6, § 3, *de div. rer.*), la consécration doit être faite *publice... non private;* et cette condition est remplie lorsque le prince qui réunit le souverain pontificat à l'autorité législative permet de consacrer ou consacre lui-même. (*Ulp. fr.* 9, § 1, *eod.*)

338. Le caractère sacré s'attache au terrain, indépendamment des édifices qu'il supporte; et leur démolition, qui ne change point la nature du sol (*text. hic, in fin.*), ne le fait pas rentrer dans le commerce, c'est-à-dire dans le nombre des choses qui peuvent être vendues et achetées. Papinien (*fr.* 73, *de contrah. empt.*) et plusieurs autres jurisconsultes (*Pompon. fr.* 6, *eod.; Ulp. fr.* 9, § 5, *de div. rer.; V.* § 5, *de empt.*) prononçaient l'inaliénabilité des lieux sacrés long-temps avant la constitution de Justinien, dont parle notre texte. Effectivement cette constitution (*C.* 21, *de sacr. eccl.*) n'est relative qu'aux vases et autres objets mobiliers que l'on appelle ici *donaria;* et en défendant de les aliéner, Justinien ne fit que renouveler avec plus d'extension une prohibition déjà existante. (V. § 2, *de inutil. stip.*)

Toutefois il permit que ces meubles sacrés fussent aliénés pour la rédemption des captifs (*text. hic*), pour la nourriture des pauvres en temps de famine (*d. C.* 21), et même, d'après une nouvelle constitution (*nov.* 120, *cap.* 10), pour acquitter les dettes de l'église.

§ IX.

339. Chacun, à son gré, c'est-à-dire sans avoir besoin d'être autorisé par le pouvoir législatif, peut rendre un terrain religieux. Il suffit pour cela d'inhumer à perpétuelle demeure (*Paul. fr.* 40, *de relig.*) le corps ou les os d'un homme libre ou esclave (*Ulp. fr.* 2, *pr. et* § 5, *eod.*) dans un terrain dont on peut disposer, sinon comme seul et unique propriétaire (*locum suum*), du moins avec le consentement de tous les copropriétaires, usufruitiers et autres personnes intéressées.

340. L'inhumation faite dans le terrain d'autrui ne rend pas l'emplacement religieux sans le consentement du propriétaire; cette décision est certaine et indépendante de la négation que plusieurs éditeurs placent ici et dans le texte de Marcien (*fr.* 6, § 4, *de div. rer.*) entre les mots RATUM et HABUERIT. Cette négation indique l'inutilité d'une ratification postérieure à l'inhumation, dans le cas où celle-ci aurait été faite, comme elle doit l'être, *consentiente domino*. Ceux qui retranchent la négation supposent au contraire qu'il s'agit du cas où l'inhumation, faite sans autorisation préalable, serait ensuite ratifiée par le propriétaire; et alors le texte signifierait que le consentement de ce dernier suffit toujours, lors même qu'il n'intervien-

drait qu'après l'inhumation (*licet postea, etc.*). *Voyez* Vinnius, *hic*, n°. 4.

341. Lorsqu'un sépulcre est commun entre plusieurs personnes, chacune d'elles peut, malgré l'opposition des autres, y donner la sépulture à un mort (*text. hic*). Cela suppose qu'un emplacement religieux peut appartenir à quelqu'un, et cela est vrai, mais en ce sens seulement qu'une ou plusieurs familles peuvent avoir, exclusivement à toutes autres, le droit d'y enterrer leurs morts. Pareillement un édifice consacré avec le consentement de l'autorité publique peut être consacré pour l'usage d'une personne ou d'une famille; et de cette attribution exclusive résulte une sorte de droit privé (V. *Paul. fr.* 9, § 1, *ad leg. jul. pec.*), transmissible aux héritiers. (*Alex. C.* 4, *de relig.*) Il se transmet également aux acquéreurs du terrain, dont les choses sacrées ou religieuses font partie, lorsqu'on ne les excepte pas de la vente dans laquelle ces choses sont accessoirement comprises, mais dont elles ne pourraient pas faire l'objet direct et principal. (*Paul. fr.* 53, § 1, *de act. empt.*; *fr.* 23, *de contrah. empt.*; *Ulp. fr.* 22 *et* 24, *eod.*)

342. En parlant des conditions nécessaires pour rendre religieux un emplacement qui ne le serait pas encore, notre texte parle d'un lieu pur (*locum purum*). On appelle ainsi, dit Ulpien (*fr.* 2, § 4, *de relig.*), tout ce qui ne serait ni sacré, ni religieux, ni saint.

§ X.

343. Caïus (2 *inst.* 4 *et* 8) ne distinguait que deux espèces de choses qui fussent précisément de droit divin; la troisième espèce, celle des choses saintes, n'appartenait au droit divin qu'improprement (*quodam modo*) et à cause du respect qu'on leur doit, comme aux choses sacrées et religieuses.

Pour garantir ce respect aux murs et aux portes de Rome, ceux qui les auraient violés étaient soumis par les lois à la peine capitale. De là vient le nom de saintes aux choses qu'une sanction légale protége contre l'attaque et l'injure des hommes (*Marcian. fr.* 8, *de div. rer.*); car la sanction est la partie d'une loi qui prononce des peines contre ceux qui contreviendraient à ses dispositions (*text. hic*; V. *Ulp. fr.* 9, § 3, *de div. rer.*)

§ XI.

344. Nous passons maintenant aux choses qui sont dans notre patrimoine ou *in bonis*, et surtout à celles qui sont dans notre domaine; car le domaine est le principal droit que l'on puisse avoir sur une chose. C'est un droit exclusif, absolu, et en quelque sorte illimité, qui renferme tous les autres. Considéré par rapport à la personne, il lui donne (*plenam in re potestatem*; § 4, *de usuf.*) une pleine puissance; il lui permet de disposer à son gré, *proprio animo*, suivant l'expression de Constantin (*C.* 21, *mandat.*). Considéré relativement à la chose, le domaine nous la rend propre; et de là vient le mot de propriété (*proprietatem*, § 30, *h. t.*), quoique *proprietas*, dans les lois romaines, s'entende ordinairement de la propriété nue, c'est-à-dire séparée de l'usufruit ou de la jouissance. (V. § 1 *et* 4, *de usuf.*; *Ulp. fr.* 14, § 3, *de us. et hab.*)

Les manières d'acquérir la propriété viennent ou du droit civil ou du droit des gens, que Justinien appelle *ici* droit naturel, sans s'arrêter à la distinction précédemment exposée d'après Ulpien (V. *pr.*, *de jur. nat.*); et, comme le droit civil est postérieur au droit des gens, on s'occupe d'abord de celui-ci et des manières d'acquérir qui en dérivent.

§ XII.

345. La propriété, dit Paul (*fr.* 1, § 1, *de acquir. vel amitt. poss.*), a commencé par la possession, et c'est encore ainsi que les bêtes sauvages, et en général les choses communes, sont acquises à ceux qui *primi possessionem eorum apprehenderint*, ou d'après Neratius (*fr.* 14, *de acquir. rer. dom.*), à celui *in cujus potestatem pervenerunt*, parce que l'on a en sa possession ce que l'on a sous la main à sa disposition ou en son pouvoir; ainsi l'on pourrait dire avec quelque raison que le mot possession vient du verbe *posse*, quoique Paul (*fr.* 1, *de acquir. vel amitt. poss.*) indique une étymologie moins directe.

346. Ainsi les animaux sauvages sont à vous dès que vous les avez pris, *simul atque... capta fuerint* (*text. hic*). Notre texte ajoute qu'ils continuent de vous appartenir (*donec custodia coercetur*) tant qu'ils restent captifs: mais aussitôt qu'ils s'échappent et rentrent dans leur liberté naturelle,

alors, suivant Caïus et Justinien, votre propriété cesse; et si l'animal est repris, il appartient au nouvel occupant (*rursus occupantis fit*), comme s'il n'avait jamais appartenu à personne. Pareillement, sur le rivage de la mer, les terrains que chacun occupe et acquiert par ses constructions, cessent de lui appartenir, comme si l'on n'y avait jamais construit, dès que le sol, débarrassé des édifices qui le déoaturaient, rentrent dans son état primitif. (*Nerat. fr.* 14, § 1. *de adquir. rer. dom.*) Marcieu (*fr.* 6, *de div. rer.*), en confirmant cette décision, la justifie par les effets du droit de *postliminium*, comme si les propriétés acquises par la chasse, la pêche ou l'occupatioo des rivages, n'étaieot qu'une conquête sur l'état primitif des choses, conquête dont toutes les traces disparaissent par le rétablissement de l'ordre naturel.

§ XVII.

Effectivement, la guerre des hommes contre d'autres hommes ne diffère point de celle des hommes contre les animaux sauvages. Le butin et les prisonniers faits sur l'ennemi appartenaient, comme le gibier, au premier qui s'en emparait (*text. hic; Cels. fr.* 51, § 1, *de acq. rer. dom.*); et de même que le gibier en s'échappant recouvre sa liberté naturelle, le butin et les prisonniers de guerre étaient réputés n'avoir jamais été capturés, dès qu'ils échappaient au pouvoir du vainqueur et rentraient sur leur territoire (*text. hic, Caius; fr.* 7, *eod.*). Ce sont là, ainsi que nous l'avons déjà vu, (§ 5, *quid. mod. jus. patr*), les conséquences du droit de *postliminium*.

347. C'est donc toujours la possession qui, relativement aux choses dont on vient de parler, acquiert et conserve la propriété à celui qui les tient en son pouvoir. Ce principe va nous être confirmé par quelques observations.

§ XIII.

Un animal est blessé de manière à pouvoir être pris (*ita ut capi possit*); cependant il n'est pas encore pris, et mille circonstances, en favorisant sa fuite, peuvent vous empêcher de le saisir; par conséquent il ne vous appartient pas encore. Telle était l'opinion la plus générale, adoptée par Caïus (*fr.* 5, § 1, *de acq. rer. dom.*), et confirmée ici par Justinien.

Un sanglier tombe dans le filet que vous aviez tendu; est-il à vous? ne faut-il pas distinguer si le filet a été placé dans un lieu public ou dans un terrain particulier; si ce terrain était à vous ou à autrui, et, dans ce dernier cas, si le filet a été tendu par vous avec ou sans la permission du propriétaire? enfin ne faudrait-il pas examiner si l'animal tombé dans le filet pouvait encore se dégager? Toutes ces questions, dit Proculus (*fr.* 55, *eod.*), se réduisent à une seule: l'animal est à moi, s'il est en ma puissance (*si in meam potestatem pervenit*).

§ XIV.

348. Ainsi donc, pourvu que l'on s'empare d'un animal, il importe peu de savoir comment, et même en quels lieux on s'en empare (§ 12, *h. t.*; *Caïus, fr.* 3, § 1, *eod.*). Effectivement, les bêtes sauvages n'appartiennent point au maître du fonds où elles se trouvent; elles ne font point partie du sol, non plus qu'un nid d'oiseaux ou un rayon de miel ne font partie de la branche ou du tronc qui les a reçus (*text. hic*). Il en est de même de l'essaim qui s'abat sur votre arbre; il est au premier qui l'aura recueilli dans sa ruche, et le propriétaire du terrain n'a, sous ce rapport, aucun droit particulier à la propriété de l'essaim. Le seul avantage qu'il ait, c'est de pouvoir interdire aux étrangers l'accès de sa propriété; mais il faut le leur interdire *integrare*, avant qu'ils se soient emparés de rien. Au reste, la seule chose dont le propriétaire pourrait se plaindre, ce serait que l'on fût entré sur son terrain malgré lui, et non pas de ce qu'on y aurait pris une chose qui n'appartient à personne. (V. Pothier, *pand. just. XLI, I*, 4.)

349. Cependant cet essaim, sorti d'une ruche qui avait un propriétaire, appartenait au même maître; mais en quittant la ruche, il rentre, comme tous les animaux sauvages, dans sa liberté naturelle. Pourrait-on en dire autant des abeilles qui ne sortent que pour rentrer? Cette question se décide par le principe qui sera établi ci-après pour les pigeons et les paons.

§ XV.

Ces oiseaux sont, comme les abeilles et les cerfs, des animaux sauvages qui ont l'habitude d'aller et venir ; et chaque fois qu'ils partent, ils sortent réellement de notre puissance. Cependant ils continuent de nous appartenir tant qu'ils conservent l'esprit de retour, et ce n'est qu'après s'être échappés pour ne plus revenir qu'ils reprennent leur condition primitive (*text. hic*; *Caïus*, 2 *inst.* 68). Si l'on se rappelle que le droit de *postliminium* ne profite jamais à ceux qui auraient l'intention de retourner chez l'ennemi, on apercevra le motif de la distinction que l'on établit ici entre les animaux sauvages, suivant qu'ils ont conservé ou perdu l'esprit de retour. Ainsi, par exemple, les abeilles qui se répandent dans les champs pour revenir ensuite à la même ruche, ne peuvent pas être assimilées à l'essaim qui émigre avant de s'établir ailleurs.

350. Pour appliquer les principes qui viennent d'être exposés, il reste à savoir comment un animal sauvage perd l'esprit de retour ; c'est, dit notre texte, lorsqu'il en perd l'habitude. On aperçoit dès lors que tout dépend ici des circonstances. C'est également par les circonstances qu'il faut décider si l'animal a véritablement recouvré sa liberté naturelle ; il la recouvre, disait Caïus (§ 12 *et* 14, *h. t.*), lorsqu'on l'a perdu de vue, ou bien lorsqu'on le voit encore, mais dans une position où la poursuite en serait difficile, c'est-à-dire où l'on ne serait pas sûr de l'atteindre à volonté. Dans ce cas, effectivement, l'animal n'est plus *sub custodia nostra*. (*Voyez*, à cet égard, *Paul. fr.* 3, § 13, 14 *et* 15, *de acquir. vel amitt. poss.*)

§ XVI.

351. La même question ne s'élève jamais sur des animaux tels que les poules et les oies domestiques. Pour les avoir et pour les retenir en sa puissance, l'homme ne les fait pas sortir de leur condition naturelle, et par conséquent il n'existe à leur égard aucune application possible du droit de *postliminium* ; en s'écartant, ils ne peuvent que s'égarer et se perdre, sans cesser d'appartenir au même propriétaire.

§ XVIII.

352. Les choses inanimées qui n'ont encore appartenu à personne sont pareillement acquises au premier qui s'en empare. Telles sont, par exemple, les îles qui se formeraient dans la mer (§ 22, *h. t.*), et les pierreries ou autres objets semblables trouvés sur le rivage. Nous verrons plus loin (§ 39, 47, 48, *h. t.*) comment le même genre d'acquisition, sans être jamais applicable aux objets perdus, pourrait être modifié à l'égard des choses abandonnées.

Ici, comme dans tous les cas précédens, la propriété s'acquiert par occupation ; et l'occupation suivant les objets qu'elle procure, résulte elle-même de la chasse, de la pêche, de la guerre ou d'une simple invention : mais l'occupation, quelque nom qu'elle prenne, n'est jamais qu'une manière de posséder, et c'est en possédant que l'on arrive à la propriété (V. § 5, *per quas pers. cuiq. acq.*; *Paul. fr.* 1, *de acq. vel amitt. poss.*) ; or pour posséder il ne suffit pas de détenir corporellement. Le fou, l'enfant, ne possèdent point ce qu'ils saisissent, pas plus que l'on ne posséderait en dormant ce qu'on pourrait avoir dans la main, parce qu'alors on détient sans intention : *affectionem tenendi non habent*, dit Paul. Déjà le même jurisconsulte (*fr.* 1, § 3; *fr.* 3, § 1, *de acq. vel amitt. poss.*) avait annoncé que pour posséder, il ne suffit pas de le vouloir, qu'il ne suffit pas non plus d'une appréhension purement corporelle, mais qu'il faut détenir de fait et d'intention ; et ici l'occupant, pour arriver à la propriété par la possession, doit posséder les objets dont il s'empare, avec une intention spéciale, celle de les avoir comme siens, *pro suo*, dit le même Paul (*fr.* 3, § 21, *eod.*)

353. Nous venons de voir, en traitant de l'occupation, comment s'établit primitivement la propriété des choses qui n'ont encore appartenu à aucun maître. Dans la dernière partie de ce titre (§ 40 *et sequ.*), on examinera comment la propriété d'une personne se transfère à une autre ; mais les textes intermédiaires nous offriront auparavant une série de décisions dont il importe de connaître le véritable principe. Jusqu'à ce jour, on a tout expliqué par une théorie fort simple qui consiste à dire que dans les cas où un objet quelconque s'accroît, s'étend, se modifie par l'adjonction d'un autre objet, il faut distinguer quelle

est la chose principale et la chose accessoire, et décider que la seconde est par cela seul acquise au maître de la première, en vertu de la maxime *accessorium sequitur principale*. Ainsi, d'après Heineccius (*elem. jur.* 362) et autres interprètes, l'accession ou la jonction de deux choses serait un mode d'acquisition, et l'un des plus importans sans doute, puisqu'on a distingué des accessions naturelles, civiles et mixtes.

Toutefois, et il faut le remarquer, une manière d'acquérir aussi commode, aussi fertile en conséquences variées, méritait d'être consacrée par des textes positifs. Les jurisconsultes romains disent expressément que les choses s'acquièrent *per traditionem* (§ 40, *h. t.*); que les choses *nullius* appartiennent au premier occupant (§ 12, *h. t.*); mais je n'ai jamais lu dans aucun d'eux que l'accession fût une manière d'acquérir, ni qu'une chose devenue l'accessoire d'une autre cessât par cela seul d'appartenir à son premier maître. J'espère même démontrer que les textes décident réellement le contraire.

354. L'accession, j'en suis convaincu, est un fait qui ne transmet point, et conséquemment n'acquiert point à une personne la propriété d'une autre; c'est un fait dont notre titre ne s'occupe que très-secondairement; le mot y est à peine prononcé (§ 26 *et* 34), et, selon moi, il s'agit bien moins, dans les paragraphes que nous allons parcourir, de l'acquisition que de la conservation et des effets de la propriété acquise. En effet, le propriétaire peut *revendiquer* sa chose tant qu'elle existe et partout où elle existe (*sic ubi extant*; § 2, *quib. alien.*), c'est-à-dire qu'il peut suivre dans la main de tout possesseur les objets qui lui appartiennent, pour faire reconnaître qu'ils sont à lui (*rem suam esse affirmet... suam esse intendat*; § 1, *de action.*), et conséquemment obtenir qu'on lui en remette la possession. Propriété et revendication sont deux idées corrélatives, et telle est leur liaison, que souvent, pour décider si tel individu est propriétaire, on répond qu'il peut revendiquer, et réciproquement. (V. § 26 *et* 34, *h. t.*; *Ulp. fr.* 3 et 5, *de rei vind.*)

Nous aurons donc à examiner, d'après la nature des différens objets qu'une personne aurait acquis, jusqu'où s'étend sa propriété, et dans quelles circonstances elle conserve ou perd, avec la propriété, le droit de revendiquer.

§ XIX.

355. La propriété d'un objet quelconque embrasse tous ses produits. C'est ainsi que les jeunes animaux (*text. hic*; *Florent. fr.* 6, *de acquir. rer. dom.*) et les jeunes esclaves (57) appartiennent au maître de l'animal ou de l'esclave qui les a portés dans son sein; ils suivent au moment de leur naissance la condition où se trouve alors leur mère, sans égard à la conception (1). Celle-ci ne profite ni au maître qui aliénerait la mère pendant sa gestation (*Venul. fr.* 66, *de acquir. rer. dom. Diocl. et Max. C.* 12, *de rei vind.*), ni dans aucun cas au maître du père (*Ulp. fr.* 5, § 2, *eod.*).

Observez que l'acquisition dont il s'agit a pour objet les animaux qui naissent; conséquemment qu'elle s'opère au moment de la naissance, c'est-à-dire lorsqu'ils se détachent du sein maternel pour commencer à exister isolément. Est-ce là un fait d'accession? Non sans doute, puisqu'il n'y a pas jonction, mais au contraire séparation. La propriété que le maître de la mère a sur les animaux naissans s'explique bien plus naturellement lorsqu'on observe qu'avant de naître le fœtus n'était qu'une portion des entrailles maternelles (*Ulp. fr.* 1, § 1, *de insp. vent.*), portion qui, en se séparant, continue d'appartenir au même maître, mais comme objet et comme propriété distincte.

§ XX.

356. Ce paragraphe et les quatre suivans traitent des mutations qui s'opèrent dans le lit des fleuves, et des accroissemens qui en résultent pour les terres riveraines. Le lit des fleuves est public, ainsi qu'on l'a déjà vu, mais il est dans la nature des rivières de changer le caractère des lieux qu'elles occupent ou qu'elles délaissent, et de ranger les premiers parmi les choses publiques, et les seconds parmi les choses privées (*Pompon. fr.* 30, § 3, *de acq. rer. dom*).

357. Nous en avons un premier exemple dans l'alluvion, c'est-à-dire dans l'accroissement insensible dont le progrès échappe aux yeux (*text. hic.*; V. *Caius*, 2 *inst.* 70).

(1) Sauf l'exception précédemment établie (66) lorsqu'il s'agit de savoir, non pas à quel maître l'enfant appartiendra, mais s'il naîtra libre ou esclave.

§ XXI.

358. La violence des eaux ne produirait pas le même résultat ; le courant, lorsqu'il enlève une portion distincte de terrain, ne fait que la déplacer sans qu'elle cesse d'appartenir au même propriétaire : *palam est tuam permanere.*

La raison en est évidente, comme la différence qui distingue ce cas du précédent. En effet, l'accroissement insensible que produit l'alluvion se compose de molécules apportées grain à grain, et dont rien ne constate l'origine. Il est donc impossible que personne reconnaisse, et par suite revendique aucune partie du sol primitif, que le courant aura ainsi dénaturé en le décomposant pour recomposer ailleurs un terrain nouveau. Au contraire, la violence du fleuve déplace les terres qu'elle enlève, mais sans les dénaturer. Malgré ce déplacement, le terrain reste le même ; il doit donc rester au même propriétaire. Caïus (*fr.* 7, § 6, *de acq. rer. dom.*) et Justinien (§ 24, *h. t.*) l'ont dit pour le fonds inondé : *Neque enim inundatio fundi speciem commutat, et ob id* PALAM EST *fundum ejus* PERMANERE *cujus et fuerat ;* la même conséquence, exprimée ici dans les mêmes termes (PALAM EST *tuam* PERMANERE) nous reporte nécessairement au même principe.

Il est possible que le terrain déplacé par le fleuve emporte avec lui des arbres. Relativement à ces derniers, notre texte contient une décision additionnelle que nous expliquerons plus loin. (V. § 31, *h. t.*, 382.)

§ XXII.

359. Nous avons parlé précédemment des îles qui naissent dans la mer (352). Celles que forment les fleuves sont de quatre espèces : on distingue, 1° des îles flottantes, qui sont publiques comme la rivière même (*Paul. fr.* 65, § 2, *de acq. rer. dom.*) ; 2° des îles qui, sans sortir du lit du fleuve, se composent de terrains particuliers que le courant entoure lorsque plusieurs bras divisés sur un point viennent à se réunir sur un point inférieur. Dans ce cas, le sol ne change pas de nature, et, sous la forme d'île, il continue d'appartenir au même propriétaire (*text., hic in fin. ; Caius, fr.* 7, § 4, *eod.*).

On distingue encore : 3° les îles qui résultent du dessèchement d'une portion du lit que l'eau continue à border, mais sans couler au-dessus ; 4° enfin les îles qui s'élèvent par les amas de sable que le courant dépose et augmente insensiblement. (V. *Pompon. fr.* 30, § 2, *eod.*) Ces deux dernières espèces d'îles sont celles que le fleuve donne et partage aux propriétaires riverains, conformément aux règles que contient notre texte et que nous aurons bientôt occasion d'expliquer.

§ XXIII ET XXIV.

Lorsque le fleuve change de lit, celui qu'il a abandonné devient chose privée, et celui qu'il occupe, chose publique, conformément au principe énoncé plus haut (356).

360. L'ancien lit accroît aux terres riveraines et se partage comme les îles. Quant au nouveau lit, si le fleuve l'abandonne à son tour, accroît-il pareillement et comme s'il avait toujours été public, aux propriétés riveraines ; ou bien, au contraire, retourne-t-il au maître *cujus antea fuit*, comme s'il n'avait jamais cessé de lui appartenir ? Ces deux opinions ont été professées, l'une par Caïus (*fr.* 7, § 5, *de acq. rer. dom.*), l'autre par Pomponius (*fr.* 30, § 3, *eod.*). Justinien, qui les conserve toutes deux au Digeste, ne donne ici que la première ; *sed vix est ut id obtineat*, dit Caïus, en nous avertissant lui-même que son avis n'a point prévalu. Peut-être faudrait-il examiner ici les circonstances et le temps pendant lequel le fleuve aurait continué d'occuper son nouveau lit. (V. Vinnius, *hic ;* V. aussi Pothier, *pand. just. XLI, I*, 28.)

361. Quoi qu'il en soit, il n'y aurait aucune difficulté si les envahissemens du fleuve, au lieu de s'opérer graduellement et insensiblement, résultaient d'une inondation subite. Effectivement, le courant qui déborde n'établit pas son lit sur les terres qu'il couvre momentanément ; et notre texte, toujours conforme à celui de Caïus (§ 24, *h. t. ; fr.* 7, § 6, *eod.*), déclare expressément que l'inondation ne change ni la nature, ni par conséquent la propriété des terres.

362. Malgré ce qu'on a dit jusqu'ici, les alluvions, le lit qu'un fleuve abandonne, et les îles qui s'y forment, sembleraient

être choses publiques comme le fleuve même, et appartenir au premier occupant; c'est effectivement ainsi qu'on le décide lorsqu'il ne se trouve sur la rive que des terres limitées. On appelle ainsi (*agri limitati*) les terres adjugées ou concédées au nom du peuple, mais jusqu'à concurrence d'une certaine mesure, dont l'excédant restait public. Les personnes qui avaient sur la rive des possessions ainsi limitées, ne pouvaient rien prétendre au-delà, ne profitaient jamais des alluvions. (*Florent. fr.* 16, *eod.*) Elles ne profitaient pas davantage du lit abandonné et des îles formées par le fleuve; dès que l'eau se retirait, rien n'empêchait les parties desséchées d'être acquises au premier occupant. (*Ulp. fr.* 1, § 6 *et* 7, *de flumin.*)

Les accroissemens dont nous avons parlé ne profitent donc pas à tous les riverains, mais seulement à ceux dont les propriétés, au lieu de consister dans une certaine mesure, s'étendraient, indépendamment de la contenance, jusqu'à tel ou tel point, et par exemple jusqu'à telle ou telle rivière. Dans ce cas, si la rivière se retire, elle recule d'autant la limite des propriétés riveraines; et l'égal accroissement que les deux rives prennent en sens opposé s'arrête par une sorte de rencontre au milieu du fleuve. De là un premier partage du lit abandonné en deux moitiés, dans chacune desquelles les propriétaires qui sont du même côté prennent une largeur égale à celle que leurs terrains ont sur la rive (§ 23, *h. t.*).

363. Le terrain des îles qui se forment dans un fleuve n'est réellement qu'une partie du lit qui s'élève par-dessus les eaux, et dès lors on doit appliquer au partage de cette partie les mêmes règles qu'au partage du tout. (V. § 22, *h. t.*) Effectivement, ainsi que l'observe Vinnius (§ 23, *h. t.*), le lit du fleuve que l'on considère comme chose publique pour tout ce qui concerne les besoins et l'usage de la navigation, n'est, à tous autres égards, qu'une dépendance des fonds riverains. C'est une portion de terre que le fleuve occupe et dont il absorbe l'utilité, sans qu'elle cesse réellement d'appartenir à ceux dont la présence des eaux grève, mais ne détruit pas totalement la propriété. Sous ce rapport il en est du lit comme de la rive, qui est publique quant à l'usage seulement; et l'unique différence entre eux vient des avantages partiels que le propriétaire peut encore tirer de la rive, mais dont il est totalement privé à l'égard du lit. Du reste, dès que son terrain cesse d'être couvert ou bordé par les eaux, le maître semble moins acquérir un droit nouveau que reprendre le plein et entier exercice d'une propriété déjà existante. Tel est le principe par lequel Vinnius et plusieurs autres interprètes expliquent, d'après Pomponius (*fr.* 30, § 1, *de adq. rer. dom.*), comment les alluvions, les îles et le lit abandonné profitent, suivant ce qu'on a déjà dit, non pas à tous les terrains, mais seulement à ceux qui, par opposition aux terrains limités, se nomment *Arcifinii*. (*Voy.* à cet égard les notes de Pothier, *pand. just. XLI, I*, 39.) Évidemment l'accession, dans ce dernier cas, ne fait pas acquérir au propriétaire riverain la portion du lit qui lui appartient déjà; et dans le cas contraire, l'accession n'attribue au maître du fonds (*limitatus*) ni les alluvions, ni les îles, ni le lit desséché. Elle reste donc tout-à-fait impuissante.

§ XXV.

364. Nous venons de voir que la propriété, et par suite le droit de revendiquer une chose, se conservent aussi long-temps que la chose même. Un fonds qui ne change point de nature reste par cela seul (*ob id*; § 24, *h. t.*) à son maître.

Le même principe va s'appliquer ici aux matières que l'industrie humaine façonne et transforme pour ainsi dire en objets nouveaux; par exemple, un bloc de marbre, en statue, comme l'Apollon du Belvédère, la Vénus de Médicis; un lingot d'airain, un vase de fonte, etc. La statue ou le vase, considérés comme objets nouveaux, ne peuvent appartenir qu'à celui qui les crée; mais en sens inverse, si l'on examine la matière, on pourra soutenir que le bloc sculpté et le lingot coulé sont toujours le même marbre et le même métal; que la matière subsiste indépendamment des formes dont on veut la revêtir : dans ce sens, on déciderait nécessairement que la matière façonnée continue d'appartenir au maître de la matière primitive et brute.

La question ne souffre aucune difficulté pour celui qui travaille sur sa propre matière; mais il s'est élevé de longues discussions pour savoir à qui appartiendrait le

nouvel objet formé par un individu avec la matière d'un autre. Il ne s'agissait pas d'examiner lequel profiterait de la chose ou de l'industrie d'autrui, car nul ne doit s'enrichir au détriment d'un autre ; mais sauf l'indemnité qui pourrait être due pour la matière ou pour l'industrie, les avis se sont partagés sur la question de savoir à qui devait rester le nouvel objet. Les proculéiens l'attribuaient au spécificateur, et les Sabiniens au maître de la matière (*Caïus*, 2 *inst.* 79); mais un troisième avis a prévalu, qui distingue si la matière façonnée peut ou non revenir à son état primitif. Dans le premier cas, elle reste à son ancien maître : dans le second cas, la chose appartient au confectionnaire. Notre texte et celui de Caïus (*fr.* 7, § 7, *de adq. rer. dom.*) développent cette distinction par des exemples suffisans (1).

365. Dans le système de l'accession, on assure gravement que cette longue controverse avait pour unique but de savoir si la forme est l'accessoire de la matière ou la matière un accessoire de la forme. Interrogeons les textes.

Un navire ou une étoffe confectionnés avec l'arbre ou avec la laine d'autrui appartiennent au fabricateur. Paul (*fr.* 26, *eod.*) le décide par cette raison que l'arbre ou la laine n'existent plus, *quia cupressus non maneret, nec lana*. Il y a seulement *cupressum aut laneum corpus*. Le même jurisconsulte avait déjà dit, pour le cas inverse, que partout où la matière se conserve, elle continue d'appartenir au même propriétaire : *materia manente me dominum manere* (*fr.* 24, *eod.*). Cette double décision embrasse les deux cas de la spécification ; elle nous explique parfaitement quel était le point débattu entre les Proculéiens et les Sabiniens, ainsi que le *media sententia* des jurisconsultes postérieurs. Nerva et Proculus voyaient dans la spécification une sorte de création qui, en formant un objet nouveau, *quod ante nullius fuerat*, semblait en même temps détruire la matière, quelle qu'elle fût. En conséquence, les Proculéiens appliquaient la maxime *extinctæ res vindicari non possunt* (§ 26, *h. t.*), et refusaient toujours la revendication au maître de la matière qui avait changé de forme. Sabinus et Cassius, sans nier le principe, en contestaient seulement l'application : selon eux la matière conservait sa substance sous toutes les formes et indépendamment de la forme ; dès lors elle pouvait être revendiquée sans blesser le principe *extinctæ res*, etc.

On a fini par distinguer. La matière qui peut revenir à son état primitif est considérée comme toujours existante ; la substance qui peut reparaître n'est pas détruite, et quelle que soit sa nouvelle forme, elle continue d'appartenir à son premier maître, conformément à l'opinion des Sabiniens. Alors il y a conservation, mais non pas acquisition de propriété. Dans le cas contraire, on a pensé avec les Proculéiens que la spécification détruit la substance primitive et forme un objet nouveau jusque là sans existence et sans maître. Aussi est-il acquis au confectionnaire, *quia quod factum est antea nullius fuerat* (*Caïus*, *fr.* 7, § 7, *de adq. rer. dom.*; V. *Paul. fr.* 24 et 26, *eod.*), c'est-à-dire par occupation.

366. Après avoir supposé que le spécificateur concourt à la formation du nouvel objet par son industrie seulement, on suppose (*quod si, etc.*) qu'outre son industrie, il fournirait encore une partie de la matière. Dans ce cas, dit Justinien, le nouvel objet doit, sans aucun doute (*dubitandum non est*), appartenir au confectionnaire. Appliquée aux exemples que donne Justinien lui-même, et qui tous supposent que la matière ne reprendra jamais son premier état, cette décision est tellement incontestable, que Justinien, s'il ne voulait rien dire de plus, aurait pu se contenter de prendre dans Caïus (*d. fr.* 7, § 7) la première partie de son texte, sans y rien ajouter. Aussi, pour que l'addition ne paraisse pas totalement inutile, devrait-on naturellement l'interpréter en ce sens, qu'une portion quelconque de la matière jointe à l'industrie du spécificateur suffit pour assurer à ce dernier la propriété du nouvel objet, soit dans les cas cités par Justinien, soit même lorsque la chose pourrait encore reprendre son ancienne forme ; mais Paul, Pomponius et Ulpien (*fr.* 3, § *ult.*; *fr.* 4 ; ...

(1) Il faut cependant observer relativement au blé que tous les grains existent dans l'épi, et qu'en les en dégageant on ne forme rien de nouveau. Il ne faut donc pas comparer la transformation du raisin ou des olives en vin ou en huile, avec la chute du grain qui se détache de l'épi. Caïus (*d. fr.* 7, § 7) l'avait déjà fait remarquer ; et c'est à tort que Justinien conserve ici un exemple qui ferait croire que le blé d'une personne, lorsqu'il a été battu par une autre, change de nature, et cesse d'appartenir au maître des épis.

fr. 5, § 1, *de rei vind.*) ne permettent point d'adopter cette interprétation. A moins de les mettre en contradiction avec Justinien, il faut limiter la décision de ce dernier dans le sens des exemples qu'il rapporte, c'est-à-dire au cas où les matières ne peuvent plus retourner à leur état primitif. Dans le cas contraire, le nouvel objet, dont les matières auraient été fournies par plusieurs maîtres, ne peut appartenir qu'à eux. (V. *Paul. d. fr.* 4, *eod.*, *Vinnius*, *hic*; *Pothier*, *pand. just. XLI*, *I*, 37.)

Cette décision, conforme au système mitoyen que Justinien sanctionne (*text. hic*), et que Paul avait embrassé (*fr.* 24 *et* 26, *de adq. rer. dom.*), repose, comme les précédentes, sur ce principe, que nul ne doit être privé malgré lui de ce qui lui appartient, et que le propriétaire conserve un droit exclusif sur sa chose tant que celle-ci continue d'exister. C'est toujours à la conservation de la substance qu'on se réfère; et la décision dérive uniquement de cette circonstance, que la chose aurait ou non changé de nature (1).

367. Lorsque, d'après les distinctions précédentes, on attribue le nouvel objet à celui *qui fecerit*, *qui operam suam dederit*, en considère moins l'ouvrier que la personne pour laquelle il travaille et qui le met en œuvre; ainsi le spécificateur, le confectionnaire n'est pas précisément celui qui a fait, mais celui qui a fait faire, *cujus nomine factum sit.* (*Pomp. fr.* 27, § 1, *eod.*; V. *Callistr. fr.* 25, *eod.*)

§ XXVI.

368. Dans le texte précédent, Justinien a parlé de l'habit qu'une personne ferait avec la laine d'autrui. Cet habit reste au confectionnaire, parce qu'il n'existe plus de laine, mais seulement une étoffe de laine, *laneum corpus* (*Paul. fr.* 26, *de adq. rer. dom.*). Maintenant on suppose que la pourpre d'une personne aurait été brodée sur l'habit d'une autre : dans ce cas, il n'existe plus qu'une seule chose, un habit brodé, et cet habit est toujours le même. La pourpre, quoique plus précieuse, n'est qu'un ornement, un accessoire (*accessionis vice cedit vestimento, text. hic*; V. *Ulp. fr.* 19, § 13 *et* 14, *de aur. arg. leg.*), et conséquemment une portion de l'habit. Elle a donc cessé d'appartenir à son premier maître, et tant qu'elle restera brodée sur l'habit d'autrui, la règle *extinctæ res vindicari non possunt* empêchera qu'elle ne soit revendiquée par celui qui était, mais qui n'en est plus propriétaire, *qui dominus fuit purpuræ*.

369. Au défaut de la revendication, notre texte lui donne un recours contre le voleur de la pourpre, *adversus eum qui purpuram subripuit*. Ce recours s'exerce par deux actions : l'une est l'action de vol; l'autre porte le nom de condiction, nom générique qui désigne spécialement ici la condiction furtive.

L'action de vol, selon que l'enlèvement est manifeste ou non manifeste, tend à faire payer quatre fois ou deux fois la valeur de la chose, et ce, en punition du vol. Dans l'un et l'autre cas, la condiction furtive a lieu contre le voleur pour le contraindre en outre à payer encore une fois la valeur de l'objet volé (§ 19, *de obl. quæ ex del.*; § 14, *de act.*).

370. La propriété qui commence et s'acquiert par la possession, ne se perd pas avec cette dernière; chacun peut suivre sa chose dans toutes les mains où elle se trouve, et agir contre ceux qui la possèdent pour faire reconnaître son droit, et se faire déclarer propriétaire. Tel est le but de l'action connue sous le nom de revendication; et, en cas de vol, cette action peut être exercée soit contre le voleur lui-même, tant qu'il détient la chose, soit contre tous autres détenteurs (V. § 19, *de obl. quæ ex del.*), ce droit de revendiquer ne cesse qu'avec la propriété même, et spécialement lorsque la chose n'existe plus; alors, en effet, nul ne peut se prétendre ni être déclaré propriétaire d'un objet anéanti.

Mais de ce qu'on ne peut pas se prétendre propriétaire d'une chose, il n'en résulte pas qu'à l'occasion de cette chose on soit privé de toute action contre les personnes obligées, soit à nous indemniser de sa perte, soit même à nous en faire acquérir ou recouvrer la propriété. Aussi la condiction est-elle admise à l'égard de certains objets qu'on ne pourrait pas revendiquer, et notamment, dans notre texte, à l'égard des

(1) Neque enim speciem commutat (§ 24, *h. t.*); in sua substantia durant (§ 28 *h. t.*); speciem pristinam non continet (*Ulp. fr.* 5, § 1, *de rei vind.*); materia manente... dominium manere (*Paul. fr.* 24, *de adq. rer. dom.*), qui a cupressus non maneret. (*Paul. fr.* 26, *eod.*)

choses que l'on appelle *extinctæ*. Elle se donne contre le voleur, et alors, ainsi que nous l'avons dit, elle se nomme condiction furtive. Elle se donne aussi contre d'autres possesseurs (*quibusque aliis possessoribus*), à qui le droit transfère, il est vrai, la chose, mais que l'équité empêche de s'enrichir au préjudice d'autrui, et qui par conséquent peuvent être poursuivis, sinon par revendication, du moins par condiction. (V. *Cels. fr.* 32, *de reb. cred.*; *voyez* aussi le § 2, *quib. alien.* et son explication.)

371. L'une et l'autre action serait également donnée, dans le cas du paragraphe précédent, au maître dont la matière, employée à former un objet nouveau, ne pourrait plus revenir à son premier état (*Caius*, 2, *inst.* 79); mais ici l'ancien maître de la pourpre a encore une ressource particulière. Pour recouvrer sa propriété, et par conséquent la revendication, il suffirait que la pourpre cessât d'être jointe à l'habit; celui qui veut la revendiquer peut donc exiger qu'elle soit préalablement détachée. On lui accorde à cet effet une action dite *ad exhibendum*. (*Ulp. fr.* 7, § 1 *et* 2; *Paul. fr.* 6, *ad exhib.*) Ainsi la pourpre, devenue l'accessoire de l'habit sur lequel elle a été brodée, n'a pas changé de maître : l'accession empêche, il est vrai, de revendiquer l'accessoire; mais l'obstacle temporaire qui en résulte est levé par l'exercice de l'action *ad exhibendum*, et alors la revendication a lieu comme auparavant. (*Paul, fr.* 23, § 5, *de rei vind.*)

§ XXVII et XXVIII.

Justinien s'occupe ici du mélange des choses appartenant à différens maîtres.

372. On suppose d'abord que ce mélange a lieu par le consentement de tous les propriétaires (*consensu dominorum*, § 27; *voluntate vestra*, § 28); alors, comme chacun a le droit incontestable de disposer librement de sa chose (*Constant. C.* 21, *mandat.*; V. § 40, *h. t.*), leur volonté règle les effets du mélange, et cette volonté, au lieu d'une propriété distincte appartenant à chacun sur l'objet dont il se trouvait auparavant seul et unique maître, leur attribue, comme chose commune entre tous, le résultat total du mélange, *totum in corpus quod ex confusione fit*. Ici, le concours des volontés agit indépendamment de toute autre circonstance, et l'on ne distingue pas si les choses mélangées sont de même nature, ou si la réunion des deux substances différentes produit un objet nouveau (§ 27; *h. t.*). On ne s'occupe même pas de savoir si les substances changent de nature. Il en est des grains comme des liqueurs : les uns et les autres deviennent communs par le mutuel consentement des propriétaires; et cependant les grains mélangés conservent tous la même nature, *singula grana in sua substantia durant* (§ 28).

373. Cette circonstance, indifférente lorsque le mélange a été fait d'un commun accord, devient décisive dans le cas contraire. Le hasard ou le fait d'une seule personne ne suffisent plus pour rendre communs les objets qui, malgré le mélange, conservent leur substance. Ainsi chaque grain de blé, comme chaque tête de bétail, continue d'appartenir au même propriétaire (§ 28, *h. t.*).

Le mélange des choses liquides, que l'on nomme, à proprement parler, confusion, opère un amalgame qui laisse bien rarement distinguer la chose de chacun. Aussi le résultat de la confusion devient-il commun, même entre propriétaires qui n'auraient pas consenti au mélange (§ 27, *in fin. h. t.*), mais pourvu cependant que la séparation soit impossible; et dans ce cas même, si malgré leur confusion les choses restaient toujours distinctes et reconnaissables, chacune d'elles continuerait d'appartenir au même propriétaire; *quia et si confusa, manet tamen*, dit Ulpien (*fr.* 5, § 1, *de rei vind.*; V. *Callistr. fr.* 12, § 1, *de adq. rer. dom.*).

374. Lorsqu'une chose appartient en commun à plusieurs personnes, l'état de communauté ou d'indivision établit entre elles une sorte de société, et par suite des obligations mutuelles d'où résulte pour chacun des copropriétaires une action en partage dite *communi dividundo*, sur laquelle nous aurons occasion de revenir (V. § 3, *de obl. quasi ex contr.*, § 20, *de act.*); mais, lorsque, malgré le mélange ou la confusion, chacun conserve ce qu'il avait auparavant, alors il n'a plus de partage à demander, il n'a que sa chose à reprendre, en faisant déclarer et reconnaître sa propriété. Cela est vrai, même à l'égard des blés dont chaque grain conserve sa substance; et si l'on suppose, comme notre texte, que l'un des propriétaires détient la

totalité du mélange, l'autre aura contre le détenteur l'action *in rem*, c'est-à-dire la revendication. Dans ce cas on ne réclame pas identiquement les grains, qui seraient trop difficiles à distinguer; mais chacun revendique la quantité et la mesure de blé qui lui appartient et qui se trouve dans la masse mélangée (*pro modo frumenti*, etc.). Toutefois, en attribuant à chacun la mesure de grain qu'il avait auparavant, on avantagerait celui dont le blé serait inférieur. Il faut donc avoir égard non-seulement à la quantité, mais aussi à la qualité des grains; et alors, comme l'observe Vinnius, la revendication aboutira au même résultat que l'action *communi dividundo*. Cependant il faut remarquer que l'appréciation des qualités n'est pas une conséquence directe de la revendication : cette action se donne uniquement pour la mesure, *pro modo frumenti*; et, si l'on estime *quale cujusque frumentum fuerit*, c'est parce que l'on profite ici de la latitude que certaines actions, et entre autres la revendication, laissent au juge de déterminer un mode de satisfaction auquel le défendeur doit se conformer pour éviter une condamnation plus grave. C'est en ordonnant cette satisfaction que le juge appréciera lui-même la qualité des grains; et tel est le sens de notre texte, lorsqu'il dit que cette appréciation *arbitrio judicis continetur*. (*Voyez*, à cet égard, le § 31, *de action.*)

§ XXIX.

375. Il arrive souvent qu'une chose s'unisse à une autre, de façon que la première ne pourrait pas exister sans la seconde, tandis que celle-ci serait absolument indépendante de la première. Le texte donne ici, pour premier exemple, celui des bâtimens qui sont toujours une dépendance du sol, *omne quod solo inædificatur, solo cedit*; ainsi la maison construite sur mon terrain ne peut appartenir qu'à moi, quand même elle aurait été construite avec les matériaux d'autrui. Cependant il importe d'observer que, maître de la maison prise dans son ensemble, je ne le suis pas encore des matériaux dont l'assemblage, et conséquemment l'accession, ne change pas la propriété, parce que la substance n'est pas détruite. Chacun de ces matériaux, considéré isolément, continue donc d'appartenir à son ancien propriétaire (*text. hic*). De là résulterait pour celui-ci le droit d'agir *ad exhibendum*, et de faire distraire sa chose pour la revendiquer ensuite; cependant on ne lui accorde ici ni la revendication, ni l'action *ad exhibendum*. On a cru devoir déroger à la rigueur des principes, pour ne pas obliger le constructeur à démolir (*ne ædificia rescindi necesse sit*); et la loi des Douze-Tables suspend (*tantisper*) l'une et l'autre actions, jusqu'au moment où l'édifice aurait été détruit *aliqua ex causa*.

376. Alors rien n'empêche plus l'exhibition ni la revendication des matériaux par leur ancien propriétaire, pourvu cependant qu'il n'ait pas perdu ce titre en recevant l'indemnité que la loi des Douze-Tables l'autorise à exiger par l'action *de tigno juncto*. Cette indemnité est fixée, pour toute espèce de matériaux, au double de leur valeur, et à ce moyen le constructeur demeure propriétaire de tout ce qui compose son bâtiment, heureux d'acheter à ce prix la faculté de ne point démolir, faculté à laquelle il pourrait d'ailleurs renoncer, s'il préférait rendre les matériaux. (*Vinnius, hic.*)

L'action *de tigno juncto* se donne contre le constructeur qui emploie les matériaux d'autrui, lors même qu'il est de bonne foi; car, dans le cas contraire, il doit être considéré comme voleur, et alors, après avoir payé deux fois la valeur des choses, il serait encore tenu de rendre les objets volés, ou d'en payer une troisième fois l'estimation. (V. § 19, *de obl. quæ ex del.*, *Ulp. fr.* 2, *de tign. junct.*) Il pourrait même être forcé de démolir. (*Paul. fr.* 23, § 6, *de rei vind.*)

§ XXX.

377. Après avoir parlé du bâtiment que l'on construit sur son propre terrain avec les matériaux d'autrui, Justinien s'occupe du cas où l'on bâtirait avec ses propres matériaux sur le fonds d'autrui. Ici, comme précédemment, l'édifice n'est qu'une dépendance du sol, *illius fit domus cujus et solum est*; mais il y a, quant aux matériaux, cette différence, qu'ils ont été employés par leur véritable maître. Celui-ci ne peut donc se prendre qu'à lui-même du tort qu'il éprouverait par sa propre faute, et le fait de la construction peut être considéré comme une aliénation tacite des

matériaux, du moins lorsqu'on les emploie de mauvaise foi, c'est-à-dire sur un terrain dont on sait n'être pas propriétaire. Aussi ne peut-on dans ce cas ni revendiquer, ni faire exhiber, même après la démolition de l'édifice (*text. hic; Caius, fr.* 7, § 12, *de adquir. rer. dom.*).

378. On est moins sévère pour celui qui aurait construit de bonne foi sur un fonds dont il se croyait propriétaire; et, comme on ne peut lui supposer l'intention d'aliéner ses matériaux, on n'a jamais nié qu'il ne pût les revendiquer après la démolition de l'édifice (*Anton., C.* 2, *de rei vind.*); on a même cherché dans son intérêt s'il existait une voie légale pour contraindre le propriétaire du sol, devenu propriétaire du bâtiment, à payer les frais de construction, et l'on s'est accordé (*certe illud constat*) sur un point, savoir, que le propriétaire du terrain, lorsqu'il revendique la maison (*petat domum suam esse*), pourra sans doute refuser de payer le prix des matériaux et celui de la main d'œuvre (*pretium materiæ et mercedes fabrorum*); mais qu'alors on pourra repousser sa demande *per exceptionem doli mali.* Ceci nous oblige à devancer, par quelques explications, celles que nous donnerons plus loin sur les actions et sur les exceptions.

Le préteur, en se conformant soit aux dispositions du droit civil, soit aux règles du droit honoraire, donne une action à une personne contre une autre, lorsqu'il les renvoie toutes deux devant un juge, en ordonnant à celui-ci d'examiner si telle ou telle allégation est exacte, et, dans ce cas, de condamner le défendeur. L'allégation de celui qui agit en revendication consiste à dire que la chose revendiquée lui appartient : dans l'espèce que nous expliquons, la propriété du sol n'étant pas douteuse, et celle du bâtiment ne pouvant pas l'être, le constructeur succomberait infailliblement par suite de l'action donnée contre lui. Cette action est conforme aux règles du droit, car en général tout propriétaire a droit de revendiquer : mais ici la revendication enrichirait le demandeur aux dépens d'autrui; elle produirait donc un résultat tout-à-fait inique, si la condamnation du défendeur était une conséquence certaine des allégations justifiées par le demandeur. Il n'en était pas toujours ainsi; car le préteur, en ordonnant de condamner, ajoutait quelquefois à cet ordre une restriction qui, malgré les allégations justifiées par le demandeur, subordonnait la condamnation à une seconde vérification. Ainsi, par exemple, le possesseur attaqué en revendication doit restituer la chose à celui qui se dit propriétaire et qui le prouve, à moins cependant qu'il n'y ait dol de sa part. La restriction qui, rendant la condamnation du défendeur moins certaine, le garantit conditionnellement des effets de l'action donnée contre lui, se nomme en général exception; et l'on appelle exception de dol celle qui se fonde sur le dol du demandeur. (V. *pr. et* § 1, *de except.; Caius*, 4 *inst.* 119.) Il y aurait dol de sa part, dans l'espèce qui nous occupe, s'il voulait reprendre son terrain, et par suite le bâtiment qui s'y trouve, sans payer les matériaux et la main d'œuvre.

379. L'exception que nous accordons ainsi au constructeur suppose nécessairement qu'il serait en possession du terrain (*in possessione constituto ædificatore*); car autrement il n'aurait pas même à repousser une revendication qui n'est jamais dirigée que contre le détenteur. Celui qui ne possède plus ne pourrait donc pas recouvrer, par voie d'exception, l'indemnité qui lui est due; il faudrait la demander par voie d'action. Ici la difficulté est de savoir, non pas si l'indemnité est due, mais comment et par quelle action le constructeur pourra la réclamer contre un propriétaire qui n'a jamais contracté envers lui aucune obligation. Il faut en convenir avec Vinnius, parmi les actions du droit romain, il n'en est aucune que le constructeur puisse diriger contre le propriétaire rentré en possession de sa chose, et l'exception de dol paraît être le seul moyen d'obtenir une indemnité; mais pour en profiter, il faut posséder (*Paul. fr.* 14, *de dol. mal. et met. except.; Julian. fr.* 33, *de condict. in deb.*), et avoir construit de bonne foi; car celui qui construit sciemment sur le fonds d'autrui ne doit imputer qu'à lui-même la perte qu'il éprouve (*text., hic in fin.*).

380. Notre texte a décidé que le constructeur de mauvaise foi aliène volontairement ses matériaux, et ne peut plus, malgré la démolition du bâtiment, les revendiquer (377). On ne peut justifier cette décision qu'en supposant au constructeur l'intention d'enrichir et de gratifier le propriétaire du terrain par une libéralité ta-

cite. Une pareille intention ne se présume pas; aussi la décision de notre texte est-elle combattue par plusieurs autres. Antonin (*C.* 2, *de rei vind.*) reconnaît à tous les constructeurs le droit de revendiquer, après la démolition de l'édifice, les matériaux qu'ils auraient employés, même de mauvaise foi. Ulpien (*fr.* 37, *eod.*) accorde dans ce cas même l'exception de dol, pour que le possesseur enlève tout ce qui pourra être enlevé sans dégradation. Enfin, le juge pourvoit d'office, et indépendamment même de l'exception, à ce que le propriétaire qui revendique rembourse au possesseur évincé tout ce que celui-ci aurait dépensé de bonne foi, et tout ce que les dépenses faites de mauvaise foi auraient ajouté à la valeur du fonds. (*Paul. fr.* 38, *de hered. pet.*)

§ XXXI ET XXXII.

381. Ce qu'on a dit des constructions s'applique également aux arbres plantés (§ 31) et aux graines semées (§ 32) sur le terrain d'autrui. (V. *Caius* 2, *inst.* 73, 74, 75 *et* 76.) Toutefois il importe d'observer ici que la propriété ne change qu'au moment où la plante a pris racine (*ex eo tempore quo radices egerit*, § 31), et parce qu'alors les sucs nourriciers que l'arbre tire d'un autre sol en font, dit Paul (*fr.* 26, § 2, *de adq. rer. dom.*), un arbre nouveau, qui, même après avoir été arraché, ne retourne point au précédent propriétaire. Celui-ci a donc perdu l'arbre primitif, parce que cet arbre n'existe plus, et le nouveau maître, acquérant un objet nouveau qui n'appartenait encore à personne, l'acquiert indubitablement par occupation.

S'il est vrai qu'un arbre appartienne exclusivement au sol qui nourrit ses racines, la situation du tronc devient indifférente, et celui qui s'élève sur votre terrain, près de la limite (*prope confinium*), peut n'être pas à vous seul. Il ne vous appartiendra que pour partie, si les racines, au lieu de rester toutes sur votre héritage, se portent aussi dans l'héritage voisin; enfin, si votre arbre introduit ses racines, c'est-à-dire toutes ses racines, dans le fonds de Titius, ce n'est plus à vous qu'il appartient, il est acquis à Titius (§ 31, *in fin.*).

382. Précédemment (358), nous avons parlé des terrains déplacés par la violence des eaux; nous avons vu qu'ils restent au même propriétaire, et conséquemment ne sont pas acquis, comme l'alluvion, au maître de la rive contre laquelle le fleuve les a poussés, et dont il les a rendus voisins. Après avoir ainsi statué relativement à la terre, le texte (§ 21, *h. t.*) s'occupe des arbres qu'elle porterait; et, prévoyant que ceux-ci pourront à la longue introduire leurs racines dans l'héritage du voisin, déclare que ce dernier en deviendra par cela même propriétaire, *ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitæ*. Il faut, je crois, rapprocher cette décision de la précédente, et la comparaison des deux textes (§ 21 *et* 31, *h. t.*) suffira, selon moi, pour démontrer l'analogie ou plutôt la parfaite similitude qui existe entre les deux cas. Dans l'un et dans l'autre on s'occupe des arbres par opposition au terrain d'où s'élève leur tronc, et dont ils ont d'abord fait partie; on prévoit le cas où celui qui est en même temps propriétaire des arbres et du sol perdra les premiers en conservant le second. En effet, dans notre texte (§ 31), le maître dont les arbres vont chercher leur nourriture chez le voisin ne perd pas sa terre; pareillement, au § 21, les arbres qui, dans le même cas et par la même raison, sont acquis à un nouveau maître, ne doivent pas entraîner la propriété du sol qui porte leur tronc (1).

(1) Ce système est directement contraire à l'opinion générale que j'ai moi-même suivie pendant plusieurs années. Les interprètes veulent que le terrain déplacé par le fleuve soit acquis au maître de la rive contre laquelle il a été poussé, et cela depuis le moment où les arbres ont porté leurs racines d'un héritage dans l'autre. Alors il y a, dit-on, coalition, accession, et conséquemment mutation de propriété. Au texte formel des Institutes (§ 21, *h. t.*) on oppose celui du Digeste. (*Caius*, *fr.* 7, § 2, *de adq. rer. dom.*) Il est impossible de ne pas voir que l'un a été copié sur l'autre, sauf une différence de deux lettres qui substitue le singulier au pluriel, en sorte que la mutation de propriété s'applique, dans les Institutes, aux arbres, et dans le Digeste, au terrain même; évidemment l'un des textes doit être rectifié par l'autre. Faut-il préférer celui du Digeste? je ne puis me le persuader, et ma conviction devient plus forte encore lorsque je vois Théophile confirmer la leçon des Institutes. On oppose également Ulpien (*fr.* 9, § 2, *de dam. infec.*), qui, à la vérité, nous montre un terrain incorporé à un autre, et par cela même acquis au maître de ce dernier, mais dans une hypothèse toute différente. Il s'agit en effet d'une couche de terre qui, sur un sol incliné, se détache, glisse, et vient couvrir l'héritage inférieur. Il en est de cette couche de terre comme d'un édifice construit sur le sol d'autrui; je conçois comment le propriétaire de la couche inférieure devient proprié-

Ce principe, d'après lequel Caïus (2 *inst.* 74; *fr.* 7, § 13, *de adq. rer. dom.*) fait dépendre les arbres du terrain qui nourrit leurs racines, n'était pas universellement admis; suivant Pomponius (*fr.* 6, § 2, *arbor. furt. cesar.*), ils appartiendraient, en sens contraire, au terrain d'où sort le tronc. (V. *Paul. fr.* 83, *pro soc.*)

§ XXXIII ET XXXIV.

383. L'écriture et la peinture ne changent point la substance qui les reçoit. En continuant d'appliquer ici les mêmes principes, on déciderait donc que le maître de cette substance peut toujours revendiquer son papier ou son parchemin, sa toile ou sa planche, et par suite obtenir le manuscrit ou le tableau dont un étranger les aurait couverts. Cette conséquence n'a jamais été constatée relativement à l'écriture (§ 33, *h. t.*; V. *Caius*, 2 *inst.* 77); mais les avis se sont partagés à l'égard des tableaux; et Justinien rejette ici l'opinion de Paul (*fr.* 23, § 3, *de rei vind.*), pour adopter celle qu'avait suivie Caïus (2 *inst.* 78; V. *fr.* 9, § 2, *de adq. rer. dom.*). Ainsi le tableau, quoique peint sur la toile d'autrui, appartiendra toujours au peintre. Quant aux raisons sur lesquelles Justinien fonde cette exception, on doit remarquer qu'elles ne sont point de Caïus, ce jurisconsulte semble même désapprouver le système qu'il expose (1).

384. Puisque le tableau appartient au peintre, celui-ci pourra le revendiquer, même entre les mains du propriétaire de la toile, sauf le prix de ce dernier objet qu'il faudra payer pour n'être pas repoussé par exception de dol (*text hic.*) Mais, si le tableau est en la possession du peintre, comment le propriétaire de la toile pourra-t-il obtenir son indemnité? On lui donnera, dit notre texte, une action utile (*utilis actio*) contre le peintre, en réservant à ce dernier l'exception de dol si on ne lui rembourse pas le prix de la peinture (*impensam picturæ*). Le maître de la toile pourra donc, en indemnisant l'artiste, emporter le tableau; et, dans ce cas, l'action qu'on lui accorde le conduit au même résultat qu'une revendication.

Ici Caïus et Justinien semblent renverser le système qu'ils ont adopté; mais ce qui paraît plus étonnant encore, c'est qu'ils présentent l'action accordée au maître de la toile comme une conséquence de ce système (*consequens est, etc.*), et Vinnius demande d'où résulte une conséquence aussi peu attendue. Elle résulte, selon moi, de ce qu'après avoir attribué au peintre la propriété du tableau, et après lui avoir accordé la revendication directe, *rectam vindicationem*, dit Caïus (*fr.* 9, § 2, *de adq. rer. dom.*), on ne peut plus la donner au maître de la toile: aussi n'aura-t-il qu'une action utile (*utilis actio*); et en qualifiant ainsi l'action qu'il accorde, notre texte est conséquent avec lui-même. Effectivement, on appelle actions utiles par opposition aux actions directes, celles que différentes considérations d'équité obligent quelquefois d'accorder malgré le droit strict, en supposant à certaines personnes des qualités qui ne leur appartiennent réellement pas. (V. *Caius*, 4 *inst.* 34, 35, 36, 37 *et* 38.) Ainsi, dans l'espèce qui nous occupe, le tableau n'appartient jamais au maître de la toile; lors même qu'il le possède, il doit le restituer au peintre qui revendique, dès que celui-ci consent à payer la toile: dans ce cas nulle difficulté, parce que l'exception de dol suffit toujours au détenteur pour obtenir son indemnité. Mais ici, comme dans tous les textes précédens, la difficulté est de pourvoir à l'indemnité de celui qui n'est plus ni propriétaire ni possesseur. A cet égard, le maître de la toile est dans une position d'autant plus favorable, que sa chose subsiste toujours sous la peinture qui la couvre sans la dénaturer, et l'on profite de cette circonstance pour lui accorder une action que l'on ne donne pas à ceux qui bâtissent, plantent, sèment ou écrivent sur la chose d'autrui. On lui permet de revendiquer, par action utile seulement, non pas le tableau, mais la toile. Ainsi, pour ne pas perdre celle-ci, il se trouve obligé de payer la peinture: à moins cependant que le peintre ne préfère rembourser la valeur de la toile, car l'action utile n'est qu'un moyen indirect de faire indemniser celui qui ne

taire de la couche superposée, lorsqu'elle s'unit et se confond avec la première (*coaluerit*, *unitatem fecerit*; *d. fr.* 9, § 2). Dans notre texte, au contraire (§ 21, *h. t.*), le terrain déplacé est porté contre la rive et non sur la rive; le fleuve n'établit qu'un voisinage, et je ne vois pas comment deux terres voisines se confondraient de manière à n'en plus faire qu'une. (V. *Thémis*, t. 6, p. 143.)

(1) Le manuscrit porte: CUJUS DIVERSITATIS VIX IDONEA RATIO REDDITUR.

possède plus ; et, si l'artiste peut, en payant la toile, revendiquer le tableau, il peut, à plus forte raison, le conserver aux mêmes conditions. (*Vinnius*, *hic*.)

385. Dans tous les cas, on suppose ici que le peintre aurait travaillé de bonne foi sur la chose d'autrui ; car autrement sa mauvaise foi entraînerait contre lui toutes les conséquences du vol (*text.*, *hic in fin.*).

§ XXXV.

386. Justinien continue à s'occuper de la revendication exercée par le propriétaire, et des conséquences que cette action produit selon qu'elle est dirigée contre un possesseur de bonne ou de mauvaise foi. Outre les distinctions déjà établies relativement aux constructions, plantations, semences, etc., il existe encore des différences très-importantes relativement aux fruits. Les fruits, et en général les produits d'une chose, appartiennent au maître de cette chose, dont ils font partie intégrante jusqu'au moment où ils en seraient séparés, et commenceraient à former un objet distinct. Aussi, quiconque revendique un fonds, revendique par cela même les fruits pendans, c'est-à-dire ceux qui tiennent encore au sol ou aux arbres (*Caius fr.* 44, *de rei vind.*). A leur égard, il ne peut exister aucune difficulté; c'est donc uniquement pour les fruits déjà perçus que l'on distingue entre le possesseur de bonne et le possesseur de mauvaise foi.

Notre texte accorde au premier les fruits qu'il a récoltés (*quos percepit*), et dans ce cas c'est une propriété qui résulte pour lui de son propre fait, de sa culture et de ses soins (*pro cultura et cura*). Cependant telle n'est pas la cause unique, ni la cause principale de l'acquisition que fait le possesseur de bonne foi : car il acquiert, indépendamment de toute culture, toute espèce de fruits; et pour en devenir propriétaire, il n'a pas même besoin de les recueillir Ils sont à lui par cela seul qu'ils ne tiennent plus au sol, et dès l'instant où ils en seraient séparés d'une manière quelconque. (*Julian. fr.* 25, § 1, *de usur. et fruct.*; *Paul. fr.* 78, *de rei vind.*; *fr.* 48, *de acq. rer. dom.*) Effectivement on ne considère ici ni le soin, ni la semence qui auraient fait naître les fruits, mais le fonds d'où ils sortent et dont ils se détachent. Le propriétaire du sol est propriétaire des fruits par suite du droit qu'il a sur le sol même; et, si on les attribue ici au possesseur qui croit avoir, mais qui n'a pas réellement la propriété du fonds, c'est parce qu'à leur égard il a pour ainsi dire tous les droits du véritable maître jusqu'au moment où celui-ci se présente. (*Julian. d. fr.* 25, *pr. et* § 1). *Loco domini pene est*, dit Paul. *Id. fr.* 48.

Alors que revendiquera-t-on? le terrain, et avec le terrain les fruits pendans, sans aucune espèce de doute. Quant aux fruits perçus, le possesseur de bonne foi devra-t-il les restituer? On n'a rien à réclamer pour ceux qu'il aurait consommés (*de fructibus ab eo consumptis*) ; en effet, ils n'existent plus, et d'après un principe déjà expliqué (*extinctæ res vindicari non possunt*, § 26, *h. t.*), on ne peut pas les revendiquer. Réciproquement aussi, le possesseur paraîtrait tenu de rendre les fruits qui seraient encore existans, ce qui est vrai (*Diocl. et Maxim. C.* 22, *de rei vind.*); car, s'il est devenu propriétaire des fruits perçus, ce n'est que provisoirement, *interim*, dit Paul (*d. fr.* 48, *de adq. rer. dom.*). Aussi le juge le contraint-il, d'office, à restituer ceux qui étaient encore pendans au moment où l'action en revendication a été obtenue.

387. Les possesseurs de bonne foi sont ceux qui se croient maîtres de la chose, et dont l'erreur est fondée sur des apparences plausibles, par exemple, lorsqu'ils tiennent le fonds d'une personne qu'ils croyaient en être propriétaire, et lorsqu'ils l'ont reçu d'elle non comme fermiers, ou comme dépositaires, mais comme achetems, comme donataires, ou à tout autre titre, qui, en motivant la tradition, indiquerait en elle un but translatif de propriété. C'est là ce que notre texte appelle recevoir *ex justa causa* (V. 396). En assimilant le cas de vente et de donation, il indique assez clairement qu'il n'existe aucune différence entre ceux qui possèdent à titre lucratif, ou à titre onéreux. Ils acquièrent également tous les fruits perçus (1), pourvu cependant que la bonne foi subsiste à l'époque de la perception (2).

(1) Un texte de Pomponius (*fr.* 45, *de usur. et fruct.*), fait naître sur ce point des difficultés. (V. *Vinnius*, *hic*.)

(2) *Paul. fr.* 48, § 1, *de adq. rer. dom.* Cependant il faut observer que la cessation de la bonne foi n'interrompt pas l'usucapion du fonds, et que par

Lorsque cette bonne foi n'a jamais existé, ou lorsqu'elle a cessé d'exister, ce qui arrive au plus tard à l'instant où le propriétaire obtient l'action en revendication (*Diocl. et Max. C. 22, de rei vind.*), le possesseur doit tenir compte de tous les fruits perçus sans distinction, et même de ceux qui, bien que non perçus par lui, auraient pu l'être par le propriétaire. (*Papin. fr. 62*, § 1; *Paul., fr. 33, eod.*; V. § 2, *de off. jud.*) A cet effet, le maître du fonds agira par action en revendication tant pour le fonds que pour les fruits perçus et encore existans, et par condiction pour les fruits consommés. (*Diocl. et Max. C. 16, de præd. et al. reb.*; *C. 3, de cond. ex leg.*, *Gordian. C. 4, de crim. expil. hered.*)

§ XXXVI.

Outre le possesseur de bonne foi qui se croit propriétaire, d'autres personnes peuvent aussi acquérir les fruits qu'elles perçoivent sur le fonds d'autrui. Tel est l'usufruitier qui, sans être ni propriétaire, ni possesseur (1), jouit de la chose en vertu d'un droit particulier dont nous parlerons dans un titre spécial (*liv. 2, tit. 4*).

388. Tant que les fruits tiennent au sol, ils appartiennent, comme on l'a déjà vu, au propriétaire; et pour qu'un autre puisse les acquérir, il faut nécessairement les séparer. Mais ici une séparation quelconque ne suffirait pas pour les acquérir à l'usufruitier; il n'en devient propriétaire que lorsqu'ils ont été perçus par lui-même (*non aliter... quam si ipse perceperit*), ou en son nom. Les fruits tombés et ceux qu'un voleur aurait détachés du sol n'appartiennent point par cela seul à l'usufruitier, qui, sous ce rapport, a moins d'avantages que le possesseur de bonne foi. (*Julian. fr. 25*, § 1, *de usur.*; *Ulp. fr. 12*, § 5, *de usufr.*; *Paul. fr. 13, quib. mod. us. amit.*) La différence à cet égard vient précisément de ce que l'usufruitier, éloigné par son titre même de toute prétention à la propriété, détient la chose sans la posséder; or, d'après le droit des gens, c'est la possession qui conduit à la propriété (2). Pour acquérir les fruits, il faut donc que l'usufruitier commence par en prendre possession, en les percevant ou en les faisant percevoir pour soi.

Le droit d'usufruit est inhérent à la personne, et ne se transmet point aux héritiers (§ 3 *et* 4, *de usuf.*); par conséquent, si l'usufruitier décède avant ou pendant la récolte, les fruits qui n'auraient pas été perçus de son vivant ne peuvent, quoique mûrs (*licet maturis fructibus*), appartenir à sa succession: ils sont acquis ou plutôt ils restent au propriétaire du fonds (*text. hic*, V. *Paul. fr. 13, quib. mod. usufr.*).

389. Si l'usufruitier acquiert les fruits moins facilement que le possesseur, il a du moins l'avantage de les acquérir pour toujours sans être jamais obligé de restituer, lorsque finit l'usufruit, le résultat d'une jouissance qui lui appartenait en propre, et à laquelle le propriétaire n'avait aucun droit.

390. Ce qu'on dit de l'usufruitier s'applique, du moins en grande partie (*eadem fere*), au colon ou fermier qui récolte *voluntate domini.* (*African. fr. 61*, § 8, *de furt.*) Il ne possède pas plus que l'usufruitier, mais il acquiert, comme l'usufruitier, les fruits qu'il a perçus ou fait percevoir (V. *Javol. fr. 60*, § 5, *locat. conduct.*); il y a toutefois cette différence que la mort du fermier n'éteignant pas son droit, n'empêche pas ses héritiers de récolter en son lieu et place. (V. § 6, *de locat.*; *Gordian. C. 10, eod.*)

§ XXXVII ET XXXVIII.

391. On a parlé jusqu'ici des fruits qui peuvent naître sur un fonds de terre; les bestiaux ont aussi leurs fruits: ainsi lorsqu'on a trait les vaches, lorsqu'on a tondu les brebis ou les chèvres, le lait, la laine, le poil sont acquis, d'après les règles et distinctions précédentes, aux usufruitiers et possesseurs de bonne foi. Il en est de même pour les agneaux qui naissent, et en général pour toute espèce de croît, comme les chevreaux, les veaux, les poulains, etc.

conséquent le professeur peut devenir propriétaire, si on ne l'évince pas avant le temps prescrit. Dans ce cas il ne rend ni le fonds ni les fruits perçus, soit avant, soit après la cessation de sa bonne foi. Tel paraît être le sens d'un texte de Julien (*fr. 25*, § 2, *de usur.*).

(1) NON POSSIDET, SED HABET JUS UTENDI FRUENDI (§ 4, *per quas pers. nob. acq.*).

(2) ACQUIRI POSSESSIONEM..., ET PER HANC POSSESSIONEM *etiam* DOMINIUM (§ 5, *per quas pers. nob. acq.*).

(*text. hic; Paul. fr.* 4, § 19, *de usurp.; Caius, fr.* 28, *de usur.*).

392. Par opposition au croît des animaux, l'enfant dont une esclave accouche, n'étant pas considéré comme un fruit, appartient toujours au maître de la mère (*text. hic; Caius, d. fr.* 28, § 1.)

La distinction que l'on établit ici entre le part d'une esclave (*partus ancillæ*) et le croît des animaux serait superflue, si le propriétaire avait la possession et la pleine propriété de sa chose : dans ce cas, il en recueille lui-même et en acquiert incontestablement tous les produits. Mais lorsqu'un étranger a l'usufruit ou la possession, alors on distingue parmi les produits, qui en général appartiennent au propriétaire, ceux que la perception peut acquérir aux possesseurs et usufruitiers, c'est-à-dire les fruits ; car le mot fruits ne désigne qu'une partie des produits, ceux que l'on tire d'une chose par l'emploi auquel cette chose est particulièrement destinée. (V. *Vinnius, hic.*) Ainsi le croît des animaux est un fruit, parce qu'on les entretient pour accroître et multiplier son bétail ; mais, au contraire, nos esclaves sont destinées à travailler plutôt qu'à faire des enfans ; *non temere ancillæ ejus rei causa comparantur ut pariant*, dit Ulpien (*fr.* 27, *de hered. pet.*), et cette raison nous explique beaucoup mieux que celle de Caïus (1) pourquoi les fruits d'une esclave consistent, non pas dans les enfans dont elle accouche, mais dans les services qu'elle rend et dans les revenus que l'on peut tirer de son industrie. (*Caius, fr.* 3 *et* 4, *de oper. serv.*)

393. Nous donnerons plus loin (429), sur le titre *de usufructu*, l'explication du § 38. Celle du § 39, quoique différée, viendra dans le titre qui nous occupe. Voyons maintenant comment la propriété peut être transmise.

§ XL.

394. La propriété s'établit primitivement par la possession des choses qui n'appartiennent encore à personne (345). Quant aux objets dont un autre serait déjà maître, il ne s'agit pas simplement de constituer à leur égard la propriété, mais de la transférer ; car on ne peut acquérir la chose d'autrui sans qu'elle cesse d'appartenir à son premier maître ; et alors il y a non seulement acquisition d'une part, mais aliénation de l'autre. Celui qui veut acquérir devra donc, conformément aux règles du droit des gens, prendre possession de la chose : et, si quelque obstacle empêche la propriété de suivre immédiatement la possession, il naîtra de la propriété même ; car la chose précédemment acquise à un individu ne peut cesser de lui appartenir, ni conséquemment passer à un nouveau maître sans le fait ou le consentement du premier. (*Pompon. fr.* 11, *de reg. jur.*)

Réciproquement aussi, lorsque le propriétaire veut transférer sa chose, cette volonté doit avoir son effet ; rien n'est plus naturel, *nihil tam naturale est*, disent Justinien (*text. hic*; et Caïus, *fr.* 9, § 3, *de adq. rer dom.*). Ainsi, lorsque pour arriver à la propriété on prendra possession d'un objet quelconque, il faudra, si l'objet appartient à quelqu'un, recevoir cette possession du propriétaire même, ou la prendre avec son consentement. Alors la propriété, suivant les expressions de notre texte, est acquise *per traditionem*, parce que la tradition n'est rien autre chose qu'une remise de la possession (*Pothier, pand. just. XXI, I,* 40) ; et pourvu que l'acquéreur possède avec le consentement de celui à qui la chose appartenait, il possède toujours bien. *Secundum auctoris consensum possessionem ingressus recte possidet*, disent les empereurs Dioclétien et Maximien (*C.* 12, *de contrah. empt.*) ; c'est donc mal à propos par pure ignorance, suivant l'empereur Sévère (*C.* 2, *de acq. posses.*), que l'on aurait inspiré des inquiétudes à un ancien possesseur qui avait toujours agi comme propriétaire et l'était effectivement devenu par la possession qu'il avait prise avec le consentement du précédent propriétaire ; *ipsa rei veritate id consecutus es*, lui répond l'empereur, *si sciente venditore in possessione fuisti.*

(1) Suivant notre texte (*text. hic; Caius, fr.* 28, § 1, *de usur.*), il serait absurde que l'homme à qui la nature destine tous les fruits, fût lui-même au nombre des fruits ; mais Vinnius observe, et avec raison, que Caius lui-même (*fr.* 2, § 2, *ad leg. aquil.*) ne fait aucune difficulté d'assimiler les esclaves aux bestiaux. Remarquons d'ailleurs que l'enfant est toujours esclave ; la question est uniquement de savoir s'il naîtra esclave de l'usufruitier plutôt que du nu-propriétaire. L'enfant, et par conséquent la dignité de l'espèce humaine, sont donc parfaitement désintéressés.

395. La possession, ainsi que nous l'avons déjà vu (355), n'est jamais acquise à celui qui détient la chose que lorsqu'il la détient avec intention, *corpore et animo*, suivant Paul (*fr.* 3, § 1 *de adq. vel. amitt. poss.*). Ainsi, lorsqu'il s'agira de transférer la propriété d'une personne à l'autre, celle-ci devra posséder comme propriétaire, et sa volonté ne sera pas moins indispensable pour acquérir, que celle de l'autre personne pour aliéner. Sans leur consentement respectif, il ne s'opère aucune translation (*Javol. fr.* 55, *de oblig. et act.*); mais, lorsque l'un a remis la chose avec intention de l'aliéner, et que l'autre s'en est saisi avec intention de l'acquérir, il importe peu de savoir quelles auraient été d'ailleurs les causes déterminantes de leurs volontés respectives : pourvu que les parties s'accordent sur l'objet, on ne s'arrête pas à la dissidence qui pourrait exister entre elles *circa causam dandi atque recipiendi* (1).

396. S'il est indifférent de remonter aux causes déterminantes de la volonté, il n'est jamais inutile de savoir quelle aura été véritablement cette volonté. Pour la connaître il ne faut jamais s'arrêter au fait extérieur de la tradition; car souvent on se dessaisit de sa chose, non pour aliéner, mais seulement pour la mettre en gage, pour en confier la garde à un étranger, ou pour lui en laisser l'usage pendant un certain temps. Dans ces différens cas et autres semblables, la tradition faite à titre de gage, de dépôt, ou de commodat, ne transfère pas la propriété. Effectivement la tradition, considérée comme fait extérieur, *nuda traditio*, dit Paul (*fr.* 31, *de adq. rer. dom.*), ne confère par elle-même aucun droit; son effet dépend uniquement du but que les parties se seraient proposé, ou, ce qui revient au même, de leur intention. (V. 475, 476.) Ainsi la propriété sera indubitablement transférée toutes les fois qu'une chose corporelle (2) aura été livrée à titre de donation (*ex causa donationis*), car il est évident que le donateur, en livrant la chose donnée, a voulu la transférer au donataire. Il en est de même dans la constitution de dot (*text hic; pr., quib. alien.*) et dans tout autre cas où la volonté d'aliéner serait manifestée *qualibet alia ex causa*. Alors, et par opposition au cas de gage, de dépôt ou de commodat, on dit qu'il y a juste titre, *aliqua justa causa*, suivant l'expression de Paul (*d. fr.* 31), qui donne pour exemple le cas de vente.

§ XLI.

397. Cependant la vente et la donation n'ont pas précisément le même objet. Le donateur qui livre sa chose, n'a et ne peut avoir d'autre but que d'en transférer la propriété au donataire; le vendeur, au contraire, livre pour toucher un prix, et la translation de propriété n'entre dans son intention que secondairement. Il faut donc supposer qu'en livrant sa chose, il ne veut faire qu'une aliénation conditionnelle : aussi, malgré la tradition, l'acheteur ne devient propriétaire qu'après avoir payé le prix (*si pretium solverit*). Cependant, comme il s'agit uniquement ici du consentement du vendeur, la translation de propriété tiendra bien moins au paiement du prix, qu'à la question de savoir si l'acheteur a satisfait, sous ce rapport, à tout ce qu'exigeait le vendeur (*vel alio modo ei satisfecerit*); par exemple, si, au lieu de retenir la propriété, il se contentait d'un gage, d'une caution, ou de toute autre garantie (*text. hic; Paul. fr.* 38, § 2, *de liber. caus.; Caius, fr.* 53, *de contrah. empt.*).

398. Il serait même possible qu'en livrant la chose, le vendeur entendît l'aliéner immédiatement, et indépendamment du prix pour le paiement duquel il s'en rapporterait à l'acheteur; c'est là ce qu'on appelle

(1) Par exemple, lorsque je me crois obligé par testament à délivrer un fonds de terre, tandis que celui à qui je le délivre croit en être créancier par suite d'une stipulation. Tel est encore le cas où, remettant une somme d'argent à Titius, je voudrais lui faire une donation, tandis qu'il entend ne recevoir qu'un prêt. CONSTAT PROPRIETATEM TRANSIRE, dit Julien (*fr.* 38, *de adq. rer. dom.*); et telle est aussi la décision de Paul (*fr.* 3, § 1, *de obl. et act.*), quoiqu'il n'y ait dans ces cas ni donation ni prêt. Voyez toutefois un texte d'Ulpien (*fr.* 18, *de reb. cred.*) directement contraire à ceux de Julien et de Paul.

(2) On ne possède pas (*Paul. fr.* 4, § 27, *de usurp.*), et conséquemment on n'acquiert par tradition ni la possession ni la propriété des choses incorporelles. (*Caius, fr.* 43, § 1, *de adquir. rer. dom.*) Ce qu'on dit ici de la tradition s'appliquera donc exclusivement aux objets corporels, mais aussi à tout objet corporel *cujuscumque generis sit*. Nous reviendrons plus loin (454 *et suiv.*) sur cette proposition et sur la distinction des fonds stipendiaires et tributaires dont parle notre texte.

fidem emptoris sequi. Dans ce cas la tradition transfère la propriété (*text. hic ; Pompon. fr.* 19, *eod.*) par cela seul que le vendeur l'a voulu, VENDITORE TANTUM MODO VOLENTE (*Diocl. et Maxim. C.* 9, *si quis alt. vel sibi*). Toutefois cette volonté ne se présume pas, et la preuve, à moins qu'elle ne résulte des circonstances, doit en être fournie par l'acheteur. (*Pothier, pand. just. XLI, I,* 60.)

§ XLII ET XLIII.

399. Justinien a supposé précédemment que le propriétaire livrerait lui-même sa chose; et dans ce cas elle se trouve aliénée par son propre fait *a domino tradita alienatur* (§ 40). Mais le fait personnel du propriétaire importe bien moins que sa volonté : aussi est-il indifférent que la chose soit livrée par lui ou par tout autre, agissant avec son consentement (*text. hic; Caïus, fr.* 9, § 4, *de adq. rer. dom.*).

La volonté du propriétaire aliène encore par le fait d'autrui, lorsque les personnes auxquelles il aurait donné la libre administration de tous ses biens (*libera universorum negotiorum administratio*) livrent un des objets (*ex his negotiis*) confiés à leur administration. Dans ce cas la tradition transfère la propriété, *rem accipientis facit* (1).

400. Jusqu'ici nous avons considéré le propriétaire comme pouvant toujours disposer de sa chose, et comme étant seul capable d'en disposer. Effectivement, le droit d'aliéner est une conséquence naturelle du droit de propriété (40, *h. t.*); d'un autre côté, nul ne pouvant transférer aux autres les droits qu'il n'aurait pas lui-même, la tradition ne doit transmettre d'autre propriété que celle appartenant aux personnes par le consentement de qui la chose serait livrée (*Ulp. fr.* 54, *de reg. jur.; fr.* 20, *pr. et* § 1, *de ad rer. dom., Pomp. fr.* 67, *de contr. empt.; Papin. fr.* 64, § 4, *de evict.; Diocl. et Max. C.* 14, *de don.*). Telle est la règle générale : cependant nous verrons plusieurs cas particuliers où le propriétaire ne pourrait pas aliéner sa chose, et d'autres, en sens inverse, où certaines personnes aliènent ce qui ne leur appartient pas (V. le titre *quib. alien. lic.*); ainsi tout ce qu'on a dit du propriétaire et de son consentement doit s'entendre de la personne qui aurait capacité pour aliéner.

§ XLIV.

401. On suppose ici qu'une personne vous aurait loué ou prêté sa chose, ou bien vous l'aurait donnée en dépôt. Dans ces différens cas, ainsi que nous l'avons déjà dit (396), vous n'aurez pas acquis la propriété; mais si, pendant que la chose se trouve encore entre vos mains, la même personne consent à vous en faire vente ou donation, alors la simple volonté du propriétaire (*nuda voluntas*) suffira pour aliéner la chose, sans tradition (*sine traditione*). Cependant, d'après un principe célèbre, ce ne sont point les conventions, ce sont les traditions qui transfèrent la propriété (*Diocl. et Max. C.* 20, *de pact.*) : toutefois, si la tradition est nécessaire, c'est uniquement pour donner la possession, et il serait au moins superflu de vous livrer une chose que vous avez entre les mains; il ne vous manque alors que la volonté du propriétaire. Aussi l'aliénation que le vendeur ou donateur s'oblige de faire ne résulte pas directement de son obligation ni du consentement qui la forme, mais bien d'un consentement spécial à ce que la chose vendue ou donnée soit désormais votre propriété, *eo ipso quod patitur tuam esse* (*text. hic;* V. *Javol. fr.* 55, *de oblig. et act.*). A compter de ce moment vous devenez propriétaire, sans tradition, si l'on veut, mais non pas sans possession,

(1) *Text. hic; Caius, fr.* 9, § 4, *de adq. rer. dom.;* V. *Paul. fr.* 58, *de procur.* Modestinus, au contraire, ne croit pas que le pouvoir d'aliéner soit compris dans l'administration générale des biens. Ce jurisconsulte (*fr.* 63, *eod.*) exige un mandat spécial du propriétaire pour toute aliénation, excepté celle des fruits ou autres objets susceptibles de se corrompre. (V. *Diocl. et Max. C.* 16, *eod.*) On a observé que notre texte, celui de Caius et de Paul parlent d'une administration libre (*libera administratio*), et de là on a cru devoir distinguer, parmi les mandataires généraux, ceux qui seraient constitués CUM LIBERA, c'est-à-dire *cum libera administratione.* C'est aux derniers seulement que certains interprètes accordent le pouvoir d'aliéner. (V. *Pothier, pand. just. III,* 3 *et* 8; *Mandat., ch.* 5, *art.* 2.) D'autres combattent cette distinction. Suivant eux, l'administration confiée au mandataire lui permet d'aliéner, mais seulement lorsque les circonstances et la nature des affaires l'exigent (V. *Vinnius*, § 1, *h. t.; select. quæst. lib.* 1, *cap.* 9), et c'est à ce seul cas de nécessité qu'ils restreignent l'application de notre texte. Quoiqu'il en soit, l'administrateur général, lors même qu'il serait constitué CUM LIBERA, ne peut jamais aliéner gratuitement (V. *Ulp. fr.* 7, *de donat.*); aussi notre texte suppose-t-il une tradition faite à titre de vente (*vendiderit et tradiderit*).

car vous possédez *causa emptionis*. (*Caius, fr.* 9, § 5, *de adq. rer. dom.; Pompon. fr.* 21, § 1, *eod.*)

402. Pareillement, lorsque le vendeur ou donateur conserve la chose pour l'avoir, non plus comme propriétaire, mais comme locataire ou comme usufruitier, conformément aux réserves et conventions qu'il a pu faire avec l'acheteur ou le donataire, évidemment il considère la propriété comme déjà transférée, car nul ne peut être ni locataire ni usufruitier de sa propre chose. (*pr. et* § 4, *de usuf.; Ulp. fr.* 45, *de reg. jur.*) Dans ce cas l'acheteur ou le donataire devient réellement propriétaire (*Ulp. fr.* 77, *de rei vind.; Honor. et Theod. fr.* 28, *de donat.*), sans avoir reçu la chose, mais non pas sans la posséder, soit par l'usufruitier, soit par le locataire, qui ne détiennent réellement que pour lui et en son nom (*Ulp. d. fr.* 77). Nous verrons en effet que l'on peut, par autrui, acquérir la possession, *et per hanc possessionem etiam dominium* (§ 5, *per quas pers. nob. adq.*)

§ XLV.

403. Lorsqu'on veut aliéner les marchandises déposées dans un magasin, il n'est pas nécessaire que chacune d'elles passe précisément de la main du vendeur dans celle de l'acheteur : il suffit de remettre à ce dernier les clefs du magasin, pour lui transférer en même temps la possession et la propriété des marchandises (*text. hic; Caius, fr.* 9, § 6, *de adq. rer. dom.*); car quiconque tiendra les clefs du contenant aura nécessairement le contenu en sa puissance. En effet, nous possédons tout ce qui est remis et abandonné à notre disposition, tout ce qui est sous notre garde, soit que la chose nous ait été livrée dans la main, soit que nous la tenions sous clef, sous la surveillance d'un gardien, ou même sous nos yeux. (*Paul. fr.* 1, § 21; *Javol. fr.* 51, *de adq. vel amitt. poss.* V. *Cels. fr.* 18, § 2, *eod.*) Dans ces différens cas et autres semblables, si l'on arrive à la propriété, c'est toujours par une possession véritable, bien que l'on y arrive quelquefois sans tradition, parce que la tradition n'est qu'un moyen de transférer la possession, moyen qui peut être suppléé par d'autres. Partout où la possession existe, il est donc inutile de recourir à des suppositions gratuites, d'imaginer qu'à défaut de tradition réelle il existerait des traditions fictives (1), et, par exemple, de dire que la remise des clefs est une tradition *symbolique* des marchandises contenues dans le magasin. Une clef quelconque ne peut jamais être le symbole des vins ou des blés que renferme ma cave ou mon grenier. Ce prétendu symbole, s'il était considéré comme tel, serait partout le même, et il importerait peu de savoir en quel lieu se ferait la remise des clefs. Mais au contraire, si la possession des clefs n'est qu'un moyen d'ouvrir et de fermer les portes, d'avoir les choses à sa disposition et sous sa puissance, alors, pour que ces clefs puissent servir, il ne faudra pas les recevoir à une trop grande distance. Aussi la possession et la propriété des marchandises ne sont-elles transférées par la remise des clefs qu'autant que cette remise se fait sur les lieux mêmes et devant la porte du magasin, *apud horrea*, dit Papinien (*fr.* 74, *de contrah. empt.*).

(1) Parmi les traditions fictives qu'ils ont imaginées, les commentateurs distinguent les traditions de longue main et de brève main. Ces deux expressions sont tirées, l'une de Javolénus (*fr.* 79, *de solut.*); l'autre d'Ulpien (*fr.* 43, § 1, *de jur. dot.*). Le premier suppose qu'un débiteur vient payer la somme qu'il me doit, et par mon ordre, la dépose *in conspectu meo*. La possession n'étant corporellement détenue par personne, m'est acquise et en quelque sorte livrée *manu longa*, c'est-à-dire par les yeux. Effectivement, les anciens rapportant tous les sens au toucher, considéraient comme une longue main l'organe de la vue qui saisit les objets plus loin que tout autre sens. (V. *Pothier, pand. just. XLI, I*, 44.) Il y a tradition de brève main, lorsque voulant transférer à Titius la chose que vous devez me livrer, je vous charge de la livrer directement à Titius. Dans ce cas et autres semblables, deux traditions se confondent en une seule; on coupe au plus court (V. *Ulp. fr.* 3, § 12 *et* 13, *de donat. inter vir.*), mais toutefois il se fait une tradition réelle : on ne devrait donc pas assimiler cet exemple à ceux dont on a parlé (401, 402) sur le § 44. Dans ces derniers, la tradition est complètement inutile, et la propriété se trouve acquise (*sine traditione*) sans tradition d'aucune espèce. On suppose, dit-on, que Titius à qui j'avais prêté mon cheval avant de le lui vendre, me le restitue à cause du prêt, et que moi je le lui remets de nouveau à cause de la vente; que ces deux traditions se compensent, et que de cette compensation résulte une tradition fictive, dite de brève main, parce qu'elle serait plus courte que toute autre. (*Pothier, loc. cit.* 47.) Le plus court et le plus simple serait de ne faire aucune supposition. Si pareille fiction, rejetée par Africain (*fr.* 34, *mand.*) devait être admise sur l'autorité d'Ulpien (*fr.* 15, *de reb. cred.*), ce ne serait que dans un cas particulier (*singularia quædam circa pecuniam creditam*), et tout différent du nôtre; car il ne faut pas confondre le mandataire dont parle Ulpien, avec les dépositaires, locataires, etc., dont s'occupe notre § 44. *Voyez* à cet égard, le texte d'Africain (*fr.* 34, *mand.*) et les notes de Pothier (*pand. just. XII, I*, 13.).

§ XLVI.

404. Chacun étant libre d'aliéner ou de ne point aliéner sa chose, est également libre de la transférer à telle personne plutôt qu'à telle autre; et lorsqu'on veut transférer à un individu déterminé, la tradition faite dans ce but ne peut profiter qu'à lui seul (V. *Julian. fr.* 37, § 6, *de adq. rer. dom.*) Il en serait autrement si la volonté du propriétaire se portait sur une personne incertaine, comme on le voit ici par l'exemple que rapporte notre texte. Dans ce cas, l'intention du distributeur est de transférer chacune des choses distribuées à celui qui pourra s'en saisir, et alors le premier occupant devient propriétaire, parce que telle était l'intention du distributeur (*text. hic; Caius, fr.* 9, § 7, *eod.*).

§ XLVII.

405. Lorsqu'un propriétaire veut abdiquer cette qualité, sa volonté ne le dépouille que lorsqu'il délaisse en même temps la possession de la chose. Proculus voulait même que le propriétaire conservât ce titre jusqu'au moment où la possession par lui abandonnée aurait été reprise par un autre Jusque-là, en effet, la chose n'est encore acquise à aucun nouveau maître; mais cela n'empêche pas, suivant Julien, que l'ancien propriétaire n'ait cessé de l'être à l'instant même de l'abandon (*text.*, *hic in fin.; Paul. fr.* 2, § 1, *pro derel.*), parce que nous perdons la propriété comme nous l'acquérons (*Ulp. fr.* 1, *eod.*), en ce sens que le fait doit concourir avec l'intention (353).

Ainsi, l'objet abandonné n'appartient à personne jusqu'au moment où un individu quelconque s'en saisit, et dans ce cas, c'est par simple occupation que celui-ci semble acquérir la propriété. Néanmoins, Justinien (*text. hic*;) et Pomponius (*fr.* 5, § 1, *eod.*) assimilent ce cas au précédent, et ne voient dans l'abandon qu'une tradition faite à une personne indéterminée, comme si le délaissant s'occupait de ce que deviendra la chose et de l'acquisition que tout autre en pourra faire. (V. *Caius*, *fr.* 5, *quæ in fraud. cred.*)

§ XLVIII.

406. Quoi qu'il en soit, l'abandon dans le cas dont on vient de parler suppose toujours une abdication volontaire de la propriété (§ 47, *h. t.*), et cette volonté motive suffisamment l'acquisition du premier occupant. La même raison ne se rencontre plus à l'égard des objets qui sont égarés ou perdus sans être réellement abandonnés; ils continuent d'appartenir au même propriétaire. Les conséquences que notre texte déduit de ce principe n'ont besoin d'aucune explication. (V. *Caius*, *fr.* 9, § 8, *de adq. rer. dom.; Ulp. fr.* 43, § 4, *de furt.; Julian. fr.* 7, *pro derel.*; *Javol. fr.* 21, § 1 et 2, *de adq. vel amitt. poss.*)

§ XXXIX.

407. Le même principe doit s'appliquer aux sommes d'argent qui se trouvent dans la terre ou dans un bâtiment; car en quittant une maison, l'on y égare ou l'on y oublie souvent des choses dont on ne cesse point d'être propriétaire. Il en faut dire autant, et à plus forte raison, de celles qu'on enterre uniquement pour les mieux conserver. Nul ne s'en emparerait sciemment sans commettre un vol.

408. Cependant, s'il n'existait plus aucun souvenir du fait, s'il était impossible de suivre les traces d'une propriété tout-à-fait ignorée, alors, mais seulement alors, on considérerait la somme d'argent comme un trésor (*Paul. fr.* 31, § 1, *de adq. rer. dom.; Scævol. fr.* 67, *de rei vind.*), et à ce titre, l'inventeur pourrait l'acquérir par occupation, sauf les distinctions exposées dans notre texte.

L'inventeur jouit pleinement du droit d'occupation à l'égard des trésors par lui trouvés sur son propre fonds. Découvert dans un lieu sacré ou religieux, le trésor est pareillement acquis à l'inventeur pour la totalité. En le décidant ainsi, d'après Adrien, Justinien semble préférer la constitution de ce prince à celle des empereurs Marc-Aurèle et Lucius Verus, qui, dans ce même cas, attribuaient au fisc la moitié du trésor. (*Callistr. fr.* 3, § 10, *de jur. fisc.*)

409. Si les règles de l'occupation étaient exactement applicables au trésor, il appartiendrait exclusivement à l'inventeur, lors même qu'il serait découvert dans le fonds

d'autrui. (V. § 12 *et* 14, *h. t.*) Mais le trésor n'est pas précisément chose *nullius*, et l'on a jugé convenable d'en accorder la moitié au propriétaire dont le fonds aurait ai utilement conservé et caché le trésor. Justinien confirme ici le système d'Adrien (*text. hic*; V. *Tryph. fr.* 63, § 4, *de adq. rer. dom.*), sans s'arrêter à celui des empereurs Théodose et Valentinien (*C.* 2, C. Th. *de thes.*), qui n'accordait au maître du fonds que le quart.

410. Lorsqu'on découvre un trésor sur son propre fonds, il importe peu que ce soit par hasard ou en le cherchant. Mais il ne faut pas, pour déterrer des richesses cachées, violer les tombeaux et les temples. Aussi le trésor, trouvé dans un terrain religieux ou sacré, n'appartient-il à l'inventeur que lorsqu'il a été trouvé *fortuito casu* (*text. hic*). On violerait également le droit de propriété, si l'on pratiquait sur le terrain d'autrui des fouilles qui ne seraient pas autorisées par le propriétaire : aussi, pour ne laisser aucun appât à l'esprit d'investigation, on déclare que le trésor trouvé sur le fonds d'autrui doit avoir été trouvé *non data ad hoc opera*, *sed fortuito casu*, par exemple, en cultivant la terre, ou en s'occupant de toute autre chose que de chercher un trésor. Autrement l'inventeur ne jouirait point d'une découverte dont le bénéfice appartiendrait tout entier au maître du terrain. (*Leo, C. de thes.*; V. *Tryphon. fr.* 63, § 3, *de adq. rer. dom.*)

411. Ce qu'on a dit jusqu'ici des choses et des manières d'en acquérir la propriété, s'applique aux objets susceptibles d'être possédés. Or, on ne possède que les choses corporelles (396); avant d'aller plus loin, il faut donc s'arrêter ici à une nouvelle division des choses.

TITRE II.

DES CHOSES CORPORELLES ET INCORPORELLES.

PR. ET § I.

412. Tout ce qui peut être touché (*quæ tangi possunt*), c'est-à-dire saisi, soit avec la main, soit par un des autres sens que l'on rapporte ici à celui du toucher, se nomme chose corporelle. De ce nombre sont beaucoup de corps invisibles; car, comme l'a dit Lucrèce (*liv.* 1, *vers.* 298), l'air, les odeurs, les sons, le chaud, le froid, etc., sont nécessairement des corps,

. . . *Quoniam sensus impellere possunt;*

et le poëte, en achevant de prouver cette proposition, ne laisse plus aucun doute sur l'extension que les anciens donnaient au toucher, lorsqu'il ajoute immédiatement :

Tangere enim aut tangi, nisi corpus, nulla potest res.

§ II.

413. On nomme choses incorporelles les êtres purement rationnels qui ne tombent jamais sous les sens, et ne peuvent être saisis que par l'intelligence. Ces sortes de choses n'ont rien de physique, et leur existence consiste tout entière dans un droit, *in jure consistunt*. Tels sont, par exemple, les droits d'hérédité, d'usufruit, d'usage, les obligations, etc.; car un droit considéré en lui-même (*ipsum jus*), et abstraction faite des choses auxquelles il s'applique, est toujours incorporel. (V. *text. hic.*)

414. Tel paraîtrait être aussi le *dominium*, ou la propriété, qui attribue à telle ou telle personne tous les avantages qu'une chose est susceptible de produire, en conférant sur cette chose un pouvoir exclusif, et pour ainsi dire absolu, *plena in rem potestas* (§ *ult.*, *de usufr.*). Ce droit, en absorbant au profit du maître toute l'utilité des choses, semble les lui rendre tellement propres, que le droit se confond ici avec son objet. On dit qu'une chose est nôtre, lorsque nous avons sur cette chose le droit le plus entier que l'on puisse avoir, c'est-à-dire le domaine, et c'est en prenant l'effet pour la cause que domaine et propriété deviennent synonymes.

Malgré toute la latitude que donne la propriété, l'homme n'y trouve cependant qu'un petit nombre d'attributions générales. Sans doute chacun peut faire de sa chose ce qu'il veut; et pourvu que l'on n'en mésuse pas (109), on peut la dénaturer, l'aliéner et même la détruire, la consommer; mais cet exercice total du droit de propriété l'épuise: on ne dispose ainsi qu'une seule fois, et c'est dans le sens d'un usage définitif que les anciens opposent le mot *abusus* au mot

usus (1). Ce dernier s'entend d'un usage dont les actes se répètent indéfiniment sur la chose, parce qu'ils laissent subsister et la chose et le droit du propriétaire, par exemple, lorsqu'au lieu de veudre ou de manger un bœuf, on l'emploie au labour ou à tout autre travail. Dans ce cas et autres semblables, on se sert de la chose sans en tirer aucun produit; mais on pourrait en outre, par la perception des fruits, obtenir des avantages distincts de ceux qu'on se procure, soit en usant comme on vient de le dire, soit en disposant de la chose. La perception des fruits n'appartient plus au simple usage, elle constitue, sous le nom de jouissance, l'un des attributs les plus importans de la propriété; en sorte que le *dominium*, ou la pleine puissance qui en résulte, se composerait de trois attributions différentes, répondant à autant de droits partiels, savoir : l'usage ou *usus*, la jouissance ou *fructus*, et la disposition ou *abusus*.

415. Ces droits partiels ne sont pas toujours réunis; car, bien que la chose appartienne réellement à un seul propriétaire, il peut momentanément arriver que le droit d'en jouir et lè droit d'en user reposent ensemble ou séparément sur d'autres têtes. (V. § 1, *de usuf.*; *Ulp. fr.* 14, § 3, *de us. et habit.*) Dans ce cas, la chose dont l'utilité n'est pas exclusivement réservée à son maître, la chose dont un étranger peut tirer un service quelconque, est soumise à une servitude que l'on nomme personnelle, parce qu'elle est directement attribuée à telle ou telle personne. (V. *Marcian. fr.* 1, *de servit.*)

§ III.

416. Souvent, au contraire, nous avons sur la chose d'autrui certains droits particuliers, comme un droit de passage dont nous ne jouissons pas directement et personnellement pour nous, mais pour augmenter, par extension sur la propriété d'autrui, les avantages de la nôtre, en établissant, par exemple, une communication de mon fonds à la voie publique, à une fontaine, ou à d'autres fonds dont il est séparé par l'héritage d'autrui. Dans ce cas, le terrain sur lequel je passe sans en être propriétaire est encore assujetti à une servitude; mais ce n'est pas pour moi personnellement qu'elle est établie, c'est pour la commodité, pour le service et l'exploitation du fonds qui m'appartient. Ce droit, inhérent aux choses, ne profite aux personnes qu'indirectement; il devient pour elles une conséquence, une condition inséparable de la propriété d'une chose avec laquelle il se transmet activement et passivement. (*Paul. fr.* 12, *commun. præd.*; *Ulp. fr.* 20, § 1, *de adq. rer. dom.*)

417. Ces sortes de droits constituent les servitudes proprement dites, que l'on nomme servitudes réelles, par opposition aux précédentes. (*Marcian. fr.* 1, *de servit.*) Ici on les appelle *jura prædiorum*, et l'on en distingue deux espèces, savoir : les servitudes des héritages ruraux (*prædiorum rusticorum*) et celles des héritages urbains (*prædiorum urbanorum*; V. 425).

TITRE III.

DES SERVITUDES D'HÉRITAGES URBAINS ET RURAUX.

PR. ET § II.

Parmi les servitudes d'héritages ruraux que notre texte énumère, il en existe trois principales qui tendent à faciliter les communications : *iter*, *actus* et *via* (*pr.*, *h. t.*).

418. ITER est relatif au passage des personnes. Il leur permet d'aller et venir (*eundi et ambulandi*) à pied, à cheval ou même en litière, pourvu que l'on ne conduise ni bêtes de somme, ni voiture. (V. *Paul. et Modest. fr.* 7 *et* 12, *de serv. præd. rust.*) ACTUS, qui vient de *agere*, désigne le droit de conduire les troupeaux, les bêtes de somme. On y comprend aussi le droit de charrier, et à plus forte raison le droit de passer pour les personnes, lors même qu'el-

(1) *Utimur his, quæ nobis utentibus permanent; his vero abutimur, quæ nobis utentibus pereunt* (Boet. *in top. lib.* 2. *Voyez* Vinnius sur le § 2, *de usufr.*). Les commentateurs ont défini la propriété, JUS UTENDI ET ABUTENDI RE QUATENUS JURIS RATIO PATITUR. Cette définition est peut-être une des plus exactes que l'on ait faites; toutefois observons que les textes disent *jus utendi fruendi uræ prædiorum* (§ 2 *et* 3, *h. t.*; V. *pr.*; § 2 *et* 4, *de serv.*; *pr.*, *de usufr.*, § 1 *et* 5, *de us. et hab.*; § 2, *de action.*), en parlant de l'usufruit, des servitudes et autres droits partiels dont se compose le DOMINIUM : mais que jamais ils n'appliquent le mot JUS au *dominium* lui-même; ils disent simplement *plena in rem potestas* (§ 4, *de usufr.*).

les n'auraient rien à conduire, car il suffit d'avoir ACTUS pour avoir en même temps ITER. (*text. hic*; *Ulp. fr.* 1, *eod.*) VIA, d'après la définition du texte, indique un droit complexe dans lequel se réunissent les deux autres, *nam iter et actum in se continet via*. Mais, d'après ce même texte, ITER est également compris dans ACTUS : que produira donc de nouveau la réunion de deux droits dont l'un contient déjà l'autre; et quelle différence, outre celle du nom, pourra distinguer ACTUS et VIA? Il existe entre eux des différences sensibles relativement à la largeur du chemin (V. *Javol.*, *Paul. et Caius*, *fr.* 13, § 1; *fr.* 7, 8 *et* 23, *eod.*); mais les distinctions que l'on pourrait établir sous ce rapport, ne suppléeraient pas à l'explication que je tire de Vinnius.

Si le chemin, accordé sous le titre de VIA, suffit au passage des bestiaux, sans suffire à celui des voitures, ce n'est point VIA que l'on accorde, mais seulement ACTUS. (*Pompon. fr.* 13, *de servit.*; V. *Paul. fr.* 23, *eod.*) Ainsi le charriage, naturellement compris dans l'un et l'autre droit, n'est cependant pas également nécessaire à leur existence : indispensable dans VIA, il ne l'est point dans ACTUS. Pareillement ITER se trouve ordinairement compris dans ACTUS, et les personnes peuvent passer seules *etiam sine jumento*, parce qu'en général, qui peut plus, peut moins. (*Ulp. fr.* 11, *de reg. jur.*) Cependant on a quelquefois ACTUS SINE ITINERE (*Ulp. fr.* 4, § 1, *si serv. vind.*), et alors on peut conduire des bestiaux et conséquemment passer avec eux, mais non pas sans eux. Ainsi dans ACTUS, le seul objet essentiel, c'est la conduite des troupeaux. Le passage des personnes n'y est jamais compris, ni comme objet spécial, ni comme partie constitutive de la servitude (V. *Ulp. fr.* 11, § 6, *de except. rei. jud.*); tandis que VIA, au contraire, n'existe jamais, ni sans ITER, ni sans ACTUS, qui se réunissent en elle comme deux droits distincts dont l'un n'est jamais l'accessoire de l'autre. (V. *Ulp. fr.* 13, § 1, *de accept.*)

La définition du droit d'aquéduc (§ 2), et l'énumération de plusieurs autres servitudes rurales ne paraissent susceptibles d'aucune difficulté.

§ I.

419. Justinien passe aux servitudes urbaines. Notre texte comprend sous cette dénomination les servitudes *quæ ædificiis inhærent*, parce que tout édifice, quelle qu'en puisse être d'ailleurs la destination, forme un héritage urbain, même dans les villages (*text. hic*; *Ulp.* 19, *reg.* 1; *fr.* 1, *commun. præd.*); tandis que le sol, considéré isolément et abstraction faite des constructions, constitue l'héritage rural. Effectivement les servitudes, suivant Paul (*fr.* 3, *de servit.*), tiennent les unes au sol, les autres à la superficie, *aliæ in solo*, *aliæ in superficie consistunt*. Cette distinction concorde parfaitement avec celle des servitudes rurales et urbaines, lorsqu'on observe que les premières sont, par leur nature même, attachées au sol indépendamment de toute construction. Dans les servitudes urbaines, au contraire, l'existence d'un bâtiment est nécessaire aux droits d'égoût et autres semblables (V. *Caius et Paul. fr.* 6 *et* 20, *de servit. præd. urb.*; *Anton. C.* 1, *de serv.*); ils se conservent et périssent avec les édifices, parce qu'ils ne tiennent point au sol, mais seulement à la superficie : *ædificiis inhærent* (*text. hic*); *in superficie consistunt* (*Paul. d. fr.* 3.)

420. Quelque précis que paraissent les textes que nous citons, il s'en faut néanmoins beaucoup que les interprètes s'accordent sur la distinction des servitudes, et même sur celle des héritages urbains et ruraux. Au lieu de s'en tenir au texte qui range dans la première classe tous les édifices, *ædificia omnia* (*text. hic*; *Ulp. fr.* 1, *comm. præd.*), quelques commentateurs ont distingué, d'après Ulpien lui-même (*fr.* 198, *de verb. sign.*), les bâtimens d'exploitation d'avec ceux qui seraient destinés au logement des personnes. Ainsi la même servitude, et par exemple le *jus tigni immittendi*, serait tantôt urbaine, tantôt rurale, suivant que le toit d'où tombent les eaux, couvrirait, soit une maison habitable, soit une grange, une écurie ou tout autre bâtiment pareil. Dans ce sens la distinction des servitudes urbaines et rurales, établie d'une manière si positive au Digeste et dans les Institutes, ne serait plus qu'une distinction puérile; aussi Heineccius (*elem. jur.* § 894) en vient-il au point de la considérer comme à peu près inutile. Elle n'aurait pas plus d'importance

d'après ceux qui ne s'arrêtent pas à la destination des bâtimens, mais confondant le sol avec la superficie, croient qu'un fonds se change en héritage urbain ou rural suivant qu'il est ou n'est pas chargé de constructions, et distinguent les servitudes d'après le caractère que ce système attribue à l'héritage dominant (1). Il résulterait de là qu'en bâtissant sur son terrain, ou en démolissant les constructions existantes, le maître du fonds dominant transformerait en servitudes urbaines ou rustiques à son gré, les droits de passage, d'acquéduc, etc., qui lui appartiennent sur l'héritage voisin. Évidemment, la même servitude ne peut changer ainsi de caractère : aussi les servitudes déclarées rurales (*pr. et* § 2, *h. t.*) ont-elles été présentées comme telles d'après leur nature même, sans parler des bâtimens qui pourraient exister ou ne pas exister soit dans un fonds soit dans l'autre, parce qu'elles tiennent au sol et subsistent avec lui indépendamment de tout ce qui s'élèverait au-dessus. D'autres servitudes tiennent uniquement à la superficie, et périssent avec elle (V. *Javol., fr.* 13, *de serv. præd. rust.*) : on les nomme urbaines, parce que les édifices dont elles dépendent farment au-dessus du sol l'héritage urbain, auquel on oppose, sous le nom d'héritage rural, le sol lui-même.

Sous ce rapport, la destination des édifices devient absolument indifférente (V. *Ulp. fr.* 1, *comm. præd.*): et si elle influe quelquefois sur la distinction des héritages urbains ou ruraux (V. *Ulp. fr.* 198, *de verb. sign*), c'est, comme l'a observé Cujas (V. *Pothier, pand. just. L. XVI*, 173), sous un rapport totalement étranger à la matière des servitudes.

421. Le texte énumère parmi les servitudes urbaines plusieurs droits dont le nom seul fait assez connaître l'objet. On remarque, dans le nombre, la servitude qui consiste, soit à recevoir les eaux du bâtiment d'autrui (*ut stillicidium recipiat quis*), soit en sens inverse, à ne les pas recevoir (*vel non recipiat*). On conçoit facilement qu'il existe une servitude dans la nécessité de recevoir les eaux de mon voisin; mais pour que je ne les reçoive pas, faut-il établir à mon profit une servitude contraire? Ne me suffirait-il pas d'être propriétaire pour empêcher un empiétement, une entreprise quelconque sur mon terrain? S'il en est ainsi, je reste dans les limites de ma propriété : je n'ai aucun droit sur l'héritage d'autrui, ni par conséquent aucune servitude ; car la servitude consiste essentiellement dans une exception, dans une règle spéciale établie pour permettre ce que ne permettent pas les règles ordinaires de la propriété. S'il en était autrement, la cessation d'un droit quelconque, par exemple celle du droit de passage, constituerait, pour le fonds servant, une servitude active, un droit précisément contraire au premier, celui de refuser le passage. On pourra effectivement le refuser; mais ce droit acquis ou plutôt recouvré par le fonds servant, et le droit précédemment existant en faveur d'un autre, ne sont pas de même nature : celui-ci dérogeait aux règles ordinaires de la propriété, l'autre se renferme dans les limites du droit commun : l'un est une servitude, l'autre n'est que le résultat naturel de la liberté ou de la libération du fonds ; et l'affranchissement d'un héritage le libère sans asservir l'autre. Ainsi, pour que le droit de ne pas recevoir l'eau du bâtiment voisin pût être considéré comme une servitude, il faudrait que ce droit fût une extension spéciale, une addition faite à telle ou telle propriété, hors du droit commun. Il importe donc d'examiner quelles sont les limites de ce droit commun, qui peut ne pas être partout le même. Elles sont déterminées dans chaque cité par des usages ou des statuts locaux qui forment pour le pays la règle commune de toutes les propriétés ; et ce sont les dérogations particulières qui, par opposition aux règles générales, constituent les servitudes. Ainsi le droit qui m'obligerait à recevoir les eaux du bâtiment voisin, et le droit qui m'en dispenserait, peuvent l'un et l'autre, suivant les circonstances, constituer une véritable servitude : savoir, le premier, partout où le droit commun serait que chacun pût l'égoût de son toit sur son propre fonds; le second au contraire, partout où les usages et statuts locaux permettraient de prendre cet égout sur le fonds voisin.

422. La même distinction explique comment un droit de servitude peut ou empêcher l'élévation d'un bâtiment (*ne altius quis tollat*), ou, en sens inverse, autoriser

(1) On appelle héritage dominant celui qui profite de la servitude, par opposition à l'héritage servant qui la subit.

cette même élévation. (V. *Caius, fr.* 2, *de serv. præd. urb.*) Chacun bâtit comme il lui plaît, lorsqu'il n'existe point de hauteur fixée par les règlemens ; et, dans ce cas, il n'y a qu'une servitude qui puisse limiter l'élévation des constructions. (V. *Diocl. et Max. C.* 8 et 9, *de servit.*) Mais si, pour empêcher les bâtimens de se nuire réciproquement en interceptant le jour et la lumière, un statut local leur assignait une hauteur commune, la nécessité qui pourrait être imposée à mes voisins, soit de tenir leurs bâtimens au-dessous de la hauteur légale, soit de souffrir que le mien s'élève au-dessus, constitue, dans le premier cas, la servitude dont parle notre texte *ne altius quis tollat*, et, dans le second cas, la servitude contraire *altius tollendi*. (V. *Vinnius hic* nos 5 et 6; *Pothier, pand. just. VIII, II*, 3, 4 et 5.)

423. Les différentes servitudes énumérées jusqu'à présent forcent le propriétaire du fonds servant à souffrir ce que régulièrement il pourrait empêcher : par exemple, le passage des personnes, celui des bestiaux ou des voitures, l'abreuvage et le pacage des troupeaux, la projection d'un toit voisin, etc. Quelquefois la servitude contraint un propriétaire, non pas à souffrir le fait d'autrui, mais à s'abstenir lui-même de tel ou tel fait, par exemple de certaines constructions. Du reste, si les servitudes permettent ou empêchent certains faits, certains actes, elles n'en nécessitent aucun ; le propriétaire du fonds servant n'a rien à faire; ses devoirs consistent uniquement dans une tolérance et dans une abstention toute passive. (V. *Pompon. fr.* 15, § 1, *de servit.*) Cette distinction tient à la nature même des servitudes, qui consistent dans un droit partiel détaché de la masse des droits que donne la propriété : or, la propriété qui permet tout, ne commande rien au maître de la chose. Lorsque ces droits se trouvent incomplets, il en est de chaque fraction comme du tout : ce que le *dominium* permettrait au propriétaire, la servitude pourra ou le permettre à certains étrangers, ou ne le plus permettre au propriétaire lui-même. Dans l'un et l'autre cas, la servitude ne fait que transporter à d'autres une partie des droits que réunit ordinairement la propriété; mais quelle que soit la division opérée, les droits que conserve le maître du fonds servant ne contiendront jamais ce qui n'existait pas dans la pleine propriété, je veux dire la nécessité de faire et d'agir. C'est une nécessité que n'imposerait pas l'aliénation totale, et qui par conséquent ne peut pas résulter de l'aliénation partielle qui constitue le droit de servitude.

424. Cependant on peut être soumis à la nécessité de faire telle ou telle chose (*pr., de oblig.*) ; mais ce droit, qui lierait la personne, ne serait attaché ni à l'héritage dominant ni à l'héritage servant. Ce n'est point une partie de la propriété, ce n'est point une servitude inhérente aux choses et transmissible avec elles ; c'est une obligation, c'est un droit qui tient aux personnes, qui concerne toujours les contractans et leurs héritiers, sans dépendre jamais d'aucun héritage ou de sa possession. Toutefois il existe une exception relativement à la servitude qui oblige l'un des voisins à supporter sur ses propres constructions celles d'un autre propriétaire (*ut vicinus onera vicini sustineat*) : non-seulement il faut les supporter, mais en outre, et contre la nature ordinaire des servitudes, il faut entretenir la colonne ou le mur sur lequel repose le bâtiment d'autrui. Ainsi le maître du fonds servant doit y faire toutes les réparations convenables, tandis qu'ordinairement c'est au maître du fonds dominant à exécuter les travaux que nécessiterait l'exercice de son droit (*Paul. fr.* 33, *de serv. præd. urb.*; *Ulp. fr.* 6, § 2; *fr.* 8, *pr.* et § 2, *si serv.*) Or, ici ce n'est pas la personne qui doit les réparations, c'est l'héritage servant, et il suffirait de le délaisser pour se libérer de tout. (*Ulp. d. fr.* 6, § 2.) Le droit d'exiger, et la nécessité de faire les réparations sont donc de part et d'autre une dépendance de la servitude. En les considérant sous ce rapport, Gallus ne croyait pas que les propriétaires de deux héritages pussent, en cette qualité, se trouver astreints l'un envers l'autre à aucun fait quelconque. Servius était d'un autre avis, et son opinion a prévalu *in proposita specie*, c'est-à-dire pour la servitude dite *oneris ferendi*. (V. *Ulp., d. fr.* 6, § 2.)

§ III.

425. Les servitudes d'héritages urbains ou ruraux se nomment servitudes prædiales, à cause du mot *prædium* qui désigne un héritage, c'est-à-dire un fonds de terre, une maison ou tout autre objet de nature immobilière, à l'exclusion des choses mo-

bilières et transportables, qui, exposées à mille causes de déplacement, ne sont pas susceptibles de procurer l'une à l'autre ce genre d'utilité habituelle et durable que facilite entre deux immeubles leur position respective, et qui forme l'unique objet des servitudes soit rurales soit urbaines. L'existence d'une servitude prædiale suppose donc nécessairement celle de deux héritages, l'un dominant, l'autre servant (*text. hic; Ulp. fr.* 1, § 1, *commun. præd.*) : c'est uniquement par les héritages, c'est-à-dire en augmentant pour l'un et diminuant pour l'autre les avantages de la propriété, que la servitude profite et nuit aux personnes; et ce n'est jamais que pour l'utilité de l'un qu'elle peut nuire à l'autre. C'est l'intérêt des voisins qui motive les servitudes, soit en leur permettant de passer sur mon terrain, soit en restreignant l'élévation de mon bâtiment *ne luminibus vicini officiat* (§. *h, t.*), etc.; mais l'absence de ce même intérêt rendrait totalement illusoire la prétendue servitude par laquelle un propriétaire s'imposerait des restrictions qui ne profitent à personne, par exemple en s'interdisant le passage sur son propre fonds, et en général l'usage et la jouissance de sa chose. (*Pompon. fr.* 15, *de serv.*) Il en est autrement des restrictions dont un autre profite : toutefois l'intérêt direct de la personne ne suffit pas encore pour donner le caractère d'une servitude prædiale au droit qu'un voisin aurait acquis de profiter de mon jardin pour s'y promener (*spatiari*), ou même pour y cueillir un fruit (*pomum decerpere*). Ce droit et autres semblables pourraient constituer une servitude personnelle, comme l'usage et l'usufruit, mais non pas une servitude prædiale ou servitude proprement dite (*Paul. fr.* 8, *eod.*); car, pour adhérer au fonds dominant, la servitude doit nécessairement tendre à en augmenter l'utilité, et, par exemple, le rendre, sinon plus fertile et plus productif, du moins plus commode, plus salubre ou plus agréable. (V. *Ulp. fr.* 17, *eod.; Pompon. fr.* 3, *de aqu. cott. et æstiv.*)

426. A cet égard, l'utilité que l'on peut tirer du fonds servant pour le fonds dominant dépend toujours de la position respective des deux héritages. Aussi leur voisinage est-il une condition essentielle pour l'établissement du droit de servitude (*Ulp. fr.* 5, § 1, *de serv. præd. rust.*); mais il n'est pas toujours nécessaire qu'ils soient contigus. Il suffit que l'on puisse exercer de l'un à l'autre les droits que donne la servitude, et, suivant le but qu'on se propose, la distance des héritages pourrait faire à telle ou telle espèce de servitude un obstacle qu'elle ne ferait pas à telle ou telle autre. Ainsi, par exemple, le *jus stillicidii*, le *jus tigni immittendi*, et autres droits semblables, supposent nécessairement deux héritages contigus; mais les droits de passage peuvent s'exercer d'un fonds à l'autre malgré l'intervalle qui les sépare, lorsqu'il n'est pas physiquement ou légalement impossible de franchir cet intervalle. (V. *Paul. fr.* 7, § 1, *de serv. præd. rust.*; *fr.* 17, § 2, 3 *et* 4, *de aqu. et aqu. pluv.*; *fr.* 5, *si serv. vind.*)

§ IV.

427. Ce texte est relatif aux différentes manières d'établir les servitudes prædiales. Nous aurons à examiner dans le titre suivant comment se constituent et comment finissent les servitudes personnelles, entre autres l'usufruit, je crois donc devoir joindre l'explication de ce § à celle des § 1 *et* 3, *de usufr.*

TITRE IV.

DE L'USUFRUIT.

PR.

428. En examinant plus haut (418) les droits partiels dont la réunion forme la pleine propriété, nous avons dit que deux des trois attributs dont elle se compose, l'usage et la jouissance, peuvent se détacher de la propriété même, appartenir ensemble ou séparément à des étrangers, devenir pour eux un droit spécial sur la chose d'autrui, et par là constituer une ou plusieurs servitudes dites personnelles, parce qu'elles sont établies directement en faveur de telle ou telle personne.

L'usage et la jouissance, détachés de la propriété, mais réunis l'un avec l'autre en une seule et même servitude, constituent l'usufruit, droit complexe dont on ne fait réellement que décomposer le nom, lorsqu'on donne pour définition le droit d'user (*utendi*) et le droit de jouir ou de percevoir les fruits (*fruendi*) non pas de

sa propre chose, mais de la chose d'autrui (*rebus alienis*). Effectivement l'usage et la jouissance ne sont un droit spécial que pour ceux à qui la chose n'appartient pas; car autrement ces droits se confondraient avec la propriété même, et n'en seraient que la conséquence. L'usufruitier est donc essentiellement étranger au domaine de la chose; il ne dispose de rien, il use et jouit de tout, c'est-à-dire qu'il peut percevoir tous les fruits (*Ulp. fr.* 7, *h. t.*).

429. Ainsi que nous l'avons déjà vu (392), c'est la destination des choses qui donne à leurs produits le caractère des fruits. C'est par suite de cette destination que l'on considère comme fruit tout ce qui résulte du travail des animaux et des esclaves (*Caius fr.* 3 et 4, *de oper. serv.*), ainsi que le lait, la laine, le poil et le croît des bestiaux, mais jamais le part des esclaves (§ 37, *de div. rer.*).

Le croît des bestiaux est toujours un fruit parce qu'on les a précisément pour multiplier; mais, dans ce but même, on peut les utiliser de différentes manières, dont chacune exerce sur la jouissance, et par conséquent sur le droit de l'usufruitier, son influence particulière. Ainsi, par exemple, on ne jouit pas des animaux, considérés individuellement, comme on jouirait d'un troupeau. Sous le premier rapport, chaque bœuf, chaque cheval, chaque mouton est mortel; et, en cas de mort, l'usufruitier n'est jamais obligé de remplacer la chose d'autrui par une chose qui ne serait pas identiquement la même (V. *Ulp. fr.* 70, § 3, *h. t.*) Dans un troupeau, en sens contraire, on ne considère pas les individus, mais l'ensemble (*universitas*); et cet ensemble reste toujours le même quand les individus changent, par exemple, quand les vieilles brebis sont remplacées par les jeunes. Les bestiaux réunis en troupeau sont destinés à l'entretenir, à le perpétuer par une série de générations. Autrement, si l'on mettait à part tous les agneaux, bientôt les vieilles bêtes cesseraient de produire et le troupeau d'exister. Dans ce cas, ce ne serait pas jouir du troupeau, ce serait en disposer; l'usufruitier doit se contenter de jouir; il faut donc, à mesure que les bêtes meurent ou deviennent inutiles, les remplacer *ex fœtu* (§ 38, *de div. rer.*), c'est-à-dire sur le croît, et jusqu'à concurrence du nombre de bêtes qui, en naissant, ont été acquises à l'usufruitier. (V. *Ulp. d. fr.* 70, § 2.) Alors le fait du remplacement opère un échange de propriété entre la bête remplacée et celle qu'on lui substitue. (*Pompon. fr.* 69, *h. t.*)

En continuant à observer la destination des choses, on verra que pour se borner à jouir d'un fonds, il ne faudrait pas prendre constamment le produit des arbres, et par exemple celui des vignes, sans remplacer les arbres mêmes à mesure qu'ils vieillissent (§ 38, *de div. rer.*; *Paul. fr.* 18, *h. t.*). On reconnaîtra aussi que les biens, quels qu'ils soient, ont une destination commune et primitive, celle de leur conservation : ainsi, pour quiconque veut ou doit conserver, la jouissance et la perception des fruits sont rarement un bénéfice net. Il faut nécessairement déduire certains frais et certaines dépenses sans lesquels tout dépérirait. L'usufruitier qui perçoit tous les fruits ne doit donc les acquérir qu'à la charge de différentes obligations, dont toutefois il pourrait se libérer en abandonnant la jouissance. (*Ulp. fr.* 7, § 2 *et* 3; *Paul. fr.* 48, *h. t.*) Ces obligations l'astreignent en général à faire tout ce que ferait un propriétaire qui voudrait conserver sa chose; tel est le sens de la règle d'après laquelle l'usufruitier doit jouir QUASI BONUS PATER FAMILIAS (§ 38, *de div. rer.*; V. *Ulp.* et *Pompon. fr.* 9 *et* 69, *h. t.*).

430. Suivant notre texte, il doit jouir *salva rerum substantia*, c'est-à-dire, d'après le plus grand nombre des interprètes, à la charge de conserver la substance. Dans ce sens, jouir *salva substantia* se rapporterait à l'obligation de jouir en bon père de famille; et tel pourrait être en effet le sens de la première partie du texte, s'il était permis de l'interpréter isolément. Mais, lorsqu'on l'examine dans son ensemble, la suite et la liaison des idées nous expliquent pourquoi l'usufruitier ne jouit que *salva substantia*; c'est parce que son droit, attaché à la chose, doit nécessairement périr avec elle : *Est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est.* Il ne s'agit donc pas des obligations qu'impose l'usufruit, mais de sa durée; jouir par un droit inhérent à la chose, c'est jouir tout au plus tant que dure la substance de cette chose. C'est en ce sens que Théophile et plusieurs jurisconsultes (V. *Vinnius*, *hic*) interprètent ces mots *salva substantia*; et l'interprétation s'appuie sur l'ensemble de notre texte, je dirai même sur l'ensemble

du titre. Effectivement, après avoir annoncé avec Paul (*fr.* 1, *h. t.*) que l'usufruit ne dure pas plus long-temps que son objet, après en avoir donné la même raison que Celse (*fr.* 2, *h. t.*), Justinien (§ 1, *in fin. h. t.*) prévoit comme Caïus (*fr.* 3, § 2, *h. t.*) une objection tirée précisément de ce que l'usufruit, subsistant sur les choses tant que dure leur substance, existerait aussi long-temps que la propriété même, s'en trouverait séparé à perpétuité, et ainsi (*semper abscedente usufructu*) la rendrait complétement inutile (*in universum inutiles fierent proprietates*). Pour éviter cette conséquence (*ne tamen*, *etc.*), on a voulu (*placuit*) que l'usufruit pût cesser même avant la substance des choses, et l'on a déterminé certains cas d'extinction dans lesquels il vient se réunir à la propriété d'un objet encore existant. Ainsi l'usufruit, qui ne peut jamais durer plus que la substance des choses, ne dure pas toujours autant qu'elles. Mais avant d'examiner les cas d'extinction qui doivent réunir l'usufruit à la propriété, il importe de savoir comment il aurait pu en être détaché.

§ I.

431. C'est par acte de dernière volonté que se constituent le plus ordinairement les servitudes prædiales et les servitudes personnelles, soit que le testateur ordonne à ses héritiers de les établir, soit que lui-même les établisse directement en déclarant qu'il donne, qu'il lègue telle ou telle servitude, par exemple VIA, ou l'usufruit de tel fonds (1). Lorsqu'on a ainsi légué l'usufruit, la nue propriété reste à l'héritier: cela est sans difficulté. Mais, en sens inverse, on pourrait, en léguant un fonds, le léguer (*deducto usufructu*) avec réserve de l'usufruit qui resterait alors aux héritiers, c'est-à-dire aux successeurs immédiats du défunt; car le titre d'héritier, qui, dans une acception générale, s'étend indéfiniment aux héritiers de l'héritier, se prend ici dans un sens plus restreint. Quelques jurisconsultes, s'attachant au sens général, considéraient l'usufruit réservé aux héritiers comme un usufruit perpétuel, dont la réserve rendait la propriété totalement inutile. Justinien (*C.* 14, *h. t.*) a fait cesser tous les doutes.

Il importe d'observer ici que l'usufruit et la propriété ne se lèguent pas précisément de la même manière. L'usufruit, comme toutes les servitudes, se lègue nominativement (*usufructum legaverit*); la propriété, au contraire, se lègue par la chose même. Ainsi, dans notre texte, pour conférer à un légataire la propriété d'un fonds, on lui lègue le fonds (*fundum legaverit*), sauf à réserver l'usufruit (*deducto usufructu*) lorsqu'on veut que le don de la chose n'emporte pas la pleine et entière propriété. Cette réserve est évidemment indispensable, lorsqu'il n'existe aucun légataire spécial de l'usufruit que le testateur veut laisser dans sa succession. Mais, si l'on voulait conférer ce droit à un second légataire, en donnant à une personne l'usufruit, à un autre le fonds (*alii usum fructum, alii fundum*), faudrait-il expressément déduire de ce dernier legs l'usufruit qui forme l'objet spécial d'une autre disposition? Notre texte le suppose; et, dans le cas même dont nous parlons, le fonds est légué sans usufruit (*fundum deducto eo legaverit*) Autrement l'usufruit, qui se trouve naturellement compris dans la propriété et par conséquent dans le legs du fonds (*Julian. fr.* 10, *de us. et usufr. legat.*), serait considéré comme donné expressément à l'un des légataires, et implicitement à l'autre. Il en résulte qu'ils jouiraient concurremment, le premier comme usufruitier d'une moitié, le second comme ayant la pleine propriété de l'autre moitié (*Modest. fr.* 19, *eod.*).

432. L'usufruit et les servitudes peuvent s'établir indépendamment de toutes dispositions testamentaires. Justinien (*text. hic*; § 4, *de serv.*), d'après Caïus (2 *inst.* 31; *fr.* 3, *h. t.*), présente ici comme moyen propre à remplir ce but les pactes et stipulations convenues entre les personnes intéressées; ces textes sont d'autant plus remarquables, que jamais on ne s'est exprimé

(1) Sous Justinien, il importe peu en effet que le testateur établisse lui-même la servitude, ou charge son héritier de l'établir; mais l'ancien droit distinguait le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem*. Le premier constituait directement la servitude sans aucun fait des héritiers; le second au contraire imposait aux héritiers l'obligation de constituer un droit que le testateur n'établissait pas lui-même: il fallait donc qu'il fût constitué par les héritiers. (V *Paul*, 3 *sent.* 6, § 17.) Nous avons, dans les Institutes et dans les Pandectes, plusieurs exemples d'usufruit et de servitudes légués soit *per damnationem* (§ 4. *de servit.*, *Caius fr.* 16, *comman. præd.*; *fr.* 3, *de usufr.*), soit *per vindicationem* (§ *de usufr.*; *Paul fr.* 7, *de servit. leg.*). V. le § 2, *de legat.*, avec son explication.

ainsi pour les choses corporelles : on décide, au contraire, et de la manière la plus expresse, que la propriété s'acquiert et se transmet, non par les conventions, mais par la possession que donne la tradition. (*Diocl. et Max. C.* 20, *de pact.*) Paul (*fr.* 3, *de oblig. et act.*) atteste non moins formellement que l'effet des obligations n'est jamais de nous acquérir ni la propriété ni les servitudes. (V. *Modest. fr.* 11, *de servit.*) En quel sens donc Caïus et Justinien parlent-ils ici des pactes et des stipulations ?

Il existait, pour constituer les servitudes, plusieurs moyens introduits par le droit civil, et dont nous parlerons plus loin (455 *et suiv.*). D'après le droit des gens on peut aussi constituer les mêmes droits, lorsqu'une personne, maître de deux héritages, aliène l'un des deux, et par une clause de la tradition qui sépare les propriétés, convient qu'il existera d'un fonds à l'autre une servitude quelconque (*Caïus et Ulp. fr.* 3 et 6, *commun. præd.*; *Afric. fr.* 32, *de servit. præd. rust.*); ou, lorsqu'en aliénant sa chose un propriétaire s'en réserve l'usufruit et transfère seulement la nue propriété (402; *Honor. et Theod. C.* 28, *de donat.*). En effet, quiconque aliène, transfère à son gré une propriété plus ou moins libre, plus ou moins complète, parce que la tradition n'opère jamais que conformément à la volonté du propriétaire et dans les limites fixées par cette volonté (396) : du reste, et lorsqu'on n'aliène aucune propriété, le droit des gens ne fournit aucun moyen pour établir, soit un usufruit, soit une servitude quelconque. Les choses incorporelles ne sont susceptibles d'aucune possession, d'aucune tradition (*Caius,* 2 *inst.* 28; *Javol. fr.* 20, *de servit.*); et en le déclarant ainsi, les jurisconsultes romains veulent sans doute indiquer que les droits d'usufruit et de servitudes ne s'acquièrent point par la tradition comme la propriété des choses corporelles. Aussi, lorsqu'on vend une servitude, par exemple le droit de passage appelé *via*, le vendeur ne fait pas une tradition impossible, mais il s'engage à ne rien faire pour empêcher l'acheteur d'exercer ce droit (*Javol. d. fr.* 20), et donne pour sûreté de sa promesse des garanties qui seraient inutiles si la servitude était acquise à l'acheteur.

433. Ainsi, au lieu d'établir une servitude, et dans l'impossibilité de l'établir surtout dans les provinces (1), on se contente d'une obligation. C'est en ce sens, comme d'un moyen propre à créer une obligation et à lier les personnes, que Caïus (2 *inst.* 31) a parlé, relativement aux fonds provinciaux, des pactes et des stipulations (2). Justinien (*text. hic;* § 4 *de serv.*) a répété les expressions de Caïus sans y rien ajouter, et cependant le droit honoraire avait déjà trouvé moyen de suppléer, pour les droits de servitudes et d'usufruits, à la tradition dont les choses incorporelles ne sont pas susceptibles.

434. Les préteurs n'ont pas décidé qu'on livrerait le droit lui-même, puisque cela est impossible ; mais ils ont pensé que l'exercice et la jouissance du droit par les personnes qui veulent acquérir la servitude, et la tolérance de ceux qui veulent la constituer, équivalaient à la possession et par conséquent à la tradition. Caïus (*fr.* 3, *de usufr.*), en parlant de l'usufruit qu'un héritier est obligé de donner à un légataire, s'exprime en ces termes : *Dare videtur si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur utifrui. Ego puto,* dit aussi Javolenus (*d. fr.* 20, *de servit.*), *usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse ;* et en conséquence, pour entourer cette possession d'une garantie plus efficace que

(1) Les manières d'acquérir établies par le droit civil pour l'Italie ne s'étendaient pas aux fonds provinciaux. (V. 454, 455 *et suiv.*)

(2) Il existe relativement aux fonds provinciaux un texte spécial (*Alexand. C.* 3, *de servit.*), dont on argumente pour soutenir que la servitude s'établit directement par la convention des parties, à cause de ces mots : *tueri enim placita inter contrahentes debent.* Mais il faut remarquer d'une part que le mot *tueri* indique toujours une protection purement prétorienne, et d'autre part que l'empereur suppose une servitude établie par l'accomplissement préalable de plusieurs conditions, *si ea præcesserint quæ servitutes constituunt.* Or il est bien évident que cette phrase désigne quelque chose de plus qu'une simple convention.

Si, pour expliquer dans quel sens Caïus et Justinien ont parlé des pactes et des stipulations, on recourt à la paraphrase de Théophile sur le § 4, *de servit.*, on voit qu'il ne s'agit pas de faire un pacte ou une stipulation, mais un pacte et une stipulation. En effet, après que les parties se sont accordées par un pacte, c'est-à-dire par une convention ordinaire, où leurs intentions sont exposées avec détail, l'une d'elles s'engage par stipulation, c'est-à-dire par une promesse en termes solennels (V. le titre *de verb. obl.*) à exécuter la convention, et en cas d'inexécution, à payer une somme déterminée. Cette clause pénale tend à donner au stipulant une garantie dont il n'aurait pas besoin s'il obtenait un véritable droit de servitude.

celle des actions personnelles résultant des obligations dont on a parlé plus haut, les préteurs introduisirent d'abord les interdits possessoires (*voyez* le titre *de interdictis*), et ensuite une revendication fictive connue sous le nom d'action publicienne. (*Javol. d. fr.* 20, *de servit.*; *Ulp. fr.* 1, § 2, *de servit. præd. urb.*; *fr.* 11, § 1, *de publ. in rem act.* V. § 4, *de act.*)

C'est en ce sens, je crois, que, suivant Ulpien (1), les servitudes se constituent *jure prætorio.*

§ III.

435. L'usufruit finit, 1° par la mort de l'usufruitier ou par sa diminution de tête; 2° par le non-usage (*non utendo*); 3° par la cession faite au propriétaire; 4° par consolidation; 5° enfin par les altérations survenues dans la substance des choses.

Après avoir énoncé les deux premiers modes d'extinction, Justinien déclare qu'il en a réglé les effets par une constitution qui contient en effet des innovations remarquables.

L'usufruit étant un droit spécialement attaché à la personne de tel ou tel individu, doit nécessairement finir avec cette personne, et par conséquent à son décès. Ce principe n'a jamais souffert aucun doute (*Ulp. fr.* 3, § 3, *quib. mod. us.*; *Anton. C.* 3, *de usufr. et hab.*), si ce n'est pour le cas où le droit serait constitué sur la tête d'un fils de famille ou d'un esclave. Justinien, pour trancher une ancienne difficulté, voulut qu'après la mort du fils de famille ou de l'esclave usufruitier, l'usufruit continuât pour le père ou le maître jusqu'au décès de ce dernier. (*C.* 17, *eod.*; *Voy.* dans les *Fragmenta vaticana*, p. 19, l. 26, un texte de Paul.)

436. L'individu diminué de tête commence une existence nouvelle, entièrement différente de celle qu'il avait auparavant, et avec laquelle cessent tous les droits qui, comme l'usufruit, ne peuvent jamais passer d'une personne à l'autre. Aussi l'usufruit s'éteignait-il autrefois par toutes les diminutions de tête que l'usufruitier aurait subies. (*Paul.* 3 *sent.* 6, § 29.) Justinien, au contraire, ne conserve cet effet qu'à deux des trois diminutions de tête, à celles que l'on nomme grande et moyenne (*text. hic*; *C.* 16, § 2, *eod.*; V. § 1, *de adq. per adrog.*).

437. Pour conserver un usufruit ou une servitude, il faut en user en l'exerçant. Or, on n'exerce pas son droit, lorsqu'on fait ce qu'il n'autorise pas, en ne faisant pas ce qu'il autorise. Dans ce cas, on perdrait l'usufruit ou la servitude *non utendo per modum*, par exemple, en usant d'une prise d'eau sur un point ou dans un temps autre que le point et le temps où l'on doit en user. (V. *Paul. fr.* 10, § 1; *fr.* 18, *quemadm. serv.*) Alors le droit que l'on n'exerce pas du tout, ou que l'on n'exerce point *per modum*, s'éteint *per tempus* à l'expiration des mêmes délais qui suffiraient pour acquérir la propriété de l'objet soumis au droit de servitude ou d'usufruit. Ces délais étaient d'un an pour les meubles, et de deux ans pour les immeubles. (V. *Paul.* 1 *sent.* 17, § 1 *et* 2; 3 *sent.* 6, § 30.) Justinien a étendu le premier à trois ans, le second à dix ou vingt, suivant qu'il doit courir entre présens ou entre absens. (*Pr.*, *de usucap.*; *C.* 16, § 1, *h. t.*; *C.* 13, *de serv.*)

438. Le non-usage du droit éteint les servitudes urbaines comme les servitudes rustiques; mais il y a toutefois cette différence, que les premières consistent dans la position ou dans l'élévation des bâtimens dont la situation respective donne au droit de servitude un exercice continu. Aussi, pour savoir si la servitude est éteinte, ne faut-il pas examiner si j'ai conservé un droit qui se conserve par lui-même, mais si le maître du fonds servant n'a point par son fait reconquis la liberté de son héritage, en faisant ce que défendait la servitude. Par exemple, lorsqu'il construit au-dessus de la hauteur fixée, ou lorsqu'il bouche dans son mur l'ouverture destinée à recevoir ma poutre. Dans ce cas, si le nouvel état de choses subsiste pendant les délais

(1) *Ulp. fr.* 1, § 9, *de superf.* Ce texte est remarquable par la position même qu'il occupe dans le titre *de superficiebus*: la marche et les progrès du droit honoraire y sont clairement tracés. On voit comment le droit de superficie qui est une servitude (*Julian. fr.* 86, § 4, *de leg.* 1°), se trouve acquis à ceux qui l'ont acheté ou loué à long terme. L'acheteur ou le locataire à qui le droit civil ne peut accorder en vertu du contrat qu'une action personnelle contre le vendeur ou contre le bailleur, sont protégés dans leur jouissance par le droit prétorien qui donne contre les tiers les interdits possessoires et une action réelle utile. *Sed longe utile visum est... hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri.* (*Ulp. d. fr.* 1, § 1, *de superf.*)

dont nous avons parlé, le fonds servant rentre dans sa liberté primitive, et la servitude n'existe plus. (*Caius*, *fr.* 6, *de serv. præd. urb.*)

439. Nul ne peut avoir aucune servitude sur sa propre chose : conséquemment, les servitudes prædiales s'éteignent par confusion, lorsque les héritages servant et dominant appartienent à un seul maître ; et une nouvelle séparation des deux propriétés ne ferait pas renaître un droit anéanti. Il faudrait constituer une servitude nouvelle. (*Caius*, *fr.* 1, *quemadm. servit.*; *Paul. fr.* 30, *de servit. præd. urb.*) L'usufruit s'éteint également lorsque la même personne réunit les titres d'usufruitier et de propriétaire. Cette réunion arrive par consolidation, lorsque l'usufruitier acquiert la nue propriété, ou en sens inverse, par la cession qui transporterait au propriétaire le droit d'usufruit. Pour cela, c'est à lui personnellement qu'il faut céder l'usufruit (*text. hic*; *Paul.* 3, *sent.* 6, § 32); car la cession faite à un étranger est absolument sans effet (*nihil agit*), et conséquemment l'usufruitier *nihilominus jus suum retinet* (1).

440. L'impossibilité de céder à tout autre que le véritable propriétaire résulte de la nature même de l'usufruit ; car, en le transportant sur une tête étrangère, on changerait à volonté les chances qui doivent réunir la jouissance à la propriété. Ce ne serait plus la mort du cédant, mais celle du cessionnaire qui éteindrait l'usufruit ; et par de nouvelles cessions on parviendrait à reculer indéfiniment cette extinction. L'usufruit, lorsqu'il ne retourne pas à la propriété, doit donc invariablement rester attaché à la personne sur la tête de laquelle il a été primitivement constitué. Du reste, il importe peu au propriétaire que l'usufruitier jouisse par lui-même ou par d'autres, et conséquemment il peut louer, vendre ou transporter gratuitement le droit qu'il a, *jus quod habet* (§ 1, *de us. et hab.*), en ce sens qu'il transfère par là tous les bénéfices, tous les avantages de l'usufruit, tandis que le droit lui-même, le titre et la qualité d'usufruitier restent toujours sur sa tête. Loin d'aliéner ainsi le droit que d'autres exercent de son chef, l'usufruitier le conserve par eux, c'est un moyen pour lui d'empêcher qu'il ne s'éteigne NON UTENDO. (V. *Ulp. fr.* 12, § 1, *de usufr.*; *Marcian. et Caius*, *fr.* 38, 39 *et* 40, *eod.*) Le louage, la vente ou la donation de l'usufruit, considérés par rapport aux fruits dont ce droit procure la perception, ne doivent donc pas être confondus avec la cession qui tendrait à transporter l'usufruit même. Cette cession, sur laquelle nous reviendrons bientôt (455 *et suiv.*), est celle que notre texte déclare absolument nulle, lorsqu'elle est faite à tout autre que le propriétaire.

441. L'usufruit, ainsi que nous l'avons déjà vu (430), périt nécessairement avec la chose sur laquelle il est établi. Sous ce rapport, il n'y aurait aucune différence entre l'usufruit et la propriété même ; cependant, lorsqu'on a limité l'usufruit au droit de jouir *salva substantia*, on paraît avoir voulu établir entre l'usufruit et la propriété une différence qu'il importe de saisir. La mort d'un animal, l'écroulement ou l'incendie d'une maison n'éteignent pas le droit du propriétaire aussi complétement que celui de l'usufruitier : sans doute le premier n'a plus ni cheval, ni maison, mais il est encore propriétaire, et son droit continue sur tout ce qui reste de sa chose, par exemple, sur le cuir et sur la chair des bestiaux, ou sur le sol et sur les matériaux de la maison ; car *meum est quod ex re mea super est*, dit Celse (*fr.* 49, § 1, *de rei vind.*). Ce principe nous montre dans la propriété un droit susceptible de survivre à la forme des choses, et qui continue de les affecter même après qu'elles ont changé de substance ; l'usufruitier, au contraire, n'a plus aucun droit sur ce qui reste de la chose

(1) *Caius*, 2 *inst.* 30. Ce texte ne permet plus désormais de torturer Paul et Justinien, pour soutenir, comme Vinnius, que la cession faite à un étranger doit éteindre l'usufruit. La cession dont il s'agit ici, dit Vinnius, est un acte solennel qui doit nécessairement dépouiller le cédent, et alors l'usufruit qui n'appartient plus au cédant ne peut que passer au cessionnaire, ou se réunir à la propriété : il ne passe point au premier, donc il se réunit à la seconde. Tel serait effectivement le résultat de la cession, si la cession existait, si elle produisait un résultat : mais a-t-elle un effet quelconque ? Vinnius le suppose, Caius et Justinien le nient ; *creditur enim eâ cessione nihil agi*, dit le jurisconsulte ; *nihil agit*, dit l'empereur. *Voyez* toutefois un texte de Pomponius (*fr.* 66, *de jur. dot.*) qui n'est pas sans difficulté, ni peut-être sans altération : mais faut-il absolument le concilier avec Caius, Paul et Justinien, comme l'ont essayé Perèze (*ad Codicem*, liv. 3, tit. 33, nº 26), Voet (*ad pand.*, liv. 8, tit. 4, nº 2), et Dumoulin qui a traité la même question dans une dissertation spéciale ? Il ne serait pas impossible que les anciens jurisconsultes eussent été divisés sur ce point comme sur plusieurs autres.

text. hic; *Ulp. fr.* 5, § 2 *et* 3, *quib. mod. usuf.*; *Caius, fr.* 30, *eod.*). Il doit jouir d'un cheval, il doit jouir d'une maison, tant qu'il existera un cheval ou une maison; mais, lorsque la chose ne peut plus avoir la même destination, l'usufruitier perd son droit : en ce sens l'usufruit, borné au droit de jouir *salva rerum substantia*, s'éteint REI MUTATIONE (*Paul.* 3, *sent.* 6, § 28 *et* 31; *Ulp. fr.* 5, § 2, *quib. mod.*), par le changement qui s'opère dans la forme substantielle et caractéristique des choses, lors même qu'elles ne sont pas entièrement anéanties. (V. *Ulp. fr.* 5, § 3, *fr.* 10, § 2, 3, 4, 5, 6 *et* 8; *fr.* 12, *pr. et* § 1; *Pompon. fr.* 31, *eod.*)

442. Les servitudes prædiales, attachées par leur nature même à deux héritages (§ 3, *de serv.*), doivent nécessairement s'éteindre, dès que l'un des immeubles dont elles dépendaient n'existe plus. Il est difficile qu'un terrain périsse entièrement; aussi les servitudes attachées au sol subsistent avec lui et sur lui, indépendamment de tous les changemens qui peuvent arriver dans la superficie. (*Javol. fr.* 13, *de serv. præd. rust.*) Sous ce rapport, les servitudes rurales ont moins de chance d'extinction que les servitudes urbaines : ces dernières *ædificiis inhærent* (§ 1, *de serv.*), et conséquemment elles disparaissent avec les constructions dont leur existence dépend. Toutefois, si les constructions se trouvaient rétablies comme elles étaient auparavant *eadem specie et qualitate*, dit Paul (*fr.* 20, § 2, *de serv. præd. urb.*), l'ancien et le nouveau bâtiment, qui dans la réalité sont deux bâtimens distincts, seraient considérés comme un seul et même édifice dont l'existence continuerait celle de la servitude. Les jurisconsultes ont été plus rigoureux pour les servitudes personnelles; car l'usufruit d'une maison, éteint par la chute du bâtiment, reste définitivement éteint, malgré la reconstruction de cette maison. (*Paul. d. fr.* 20, § 2, *de serv. præd. urb.*; *Ulp. fr.* 10, § 7, *quib. mod. usufr.*)

§ IV.

443. L'usufruit se rejoint à la propriété, lorsqu'il est totalement éteint (1). Effectivement un seul et même usufruit peut se trouver constitué sur plusieurs têtes. Dans ce cas, le concours des co-usufruitiers restreint la jouissance de chacun, mais à mesure que le nombre des concurrens décroît, ceux dont la jouissance continue arrivent successivement à la jouissance totale. (V. *Ulp. fr.* 1, § 3, *de usufr. accresc.*) Tel est entre co-usufruitiers l'effet du droit d'accroissement, droit dont nous verrons ailleurs plusieurs autres conséquences. (V. § 4, *de donat.*; § 8, *de legat.*)

Observez que ce droit s'applique entre personnes qui seraient en concurrence pour le même usufruit. Il en serait autrement si la jouissance du même objet se trouvait partagée entre plusieurs usufruitiers, non par le seul effet du concours, mais parce que chacun d'eux aurait reçu dès l'origine une portion distincte et déterminée. Dans ce cas, chaque portion, considérée comme formant un usufruit séparé, se réunit à la propriété, sans jamais accroître aux autres portions. (V. *Ulp. fr.* 1; *fr.* 6, § 1, *eod.*)

§ II.

444. L'usufruit ne dépend pas, comme les servitudes prædiales, de la position respective des choses. Aussi, tandis que les servitudes sont exclusivement attachées aux héritages, l'usufruit, l'usage et autres droits qui tiennent aux personnes peuvent s'établir indistinctement sur les bâtimens, les fonds de terre, les bestiaux, les esclaves et *cæteris rebus*. Il faut cependant excepter certaines choses (*quæ ipso usu consumuntur*), dont on ne se sert qu'en les consommant, et dont l'usage serait la propriété même, puisqu'à leur égard le droit d'user équivaudrait au droit de disposer. Tels sont les alimens, les boissons, etc. (2). L'argent monnoyé rentre dans la même classe, du moins sous certains rapports (*quodam modo*); car, si le métal subsiste, la valeur qu'il représente se perd, et l'argent dépensé n'existe plus, du moins pour quiconque en a fait l'emploi (*text. hic*). Autrefois donc, léguer l'usufruit d'une somme d'argent, c'aurait été léguer inuti-

(1) Les éditions ordinaires portent : *finitus fuerit* TOTUS *usufructus*.

(2) Ces sortes de choses, qui, suivant les textes, IPSO USU CONSUMUNTUR (*text. hic*), IN ABUSU CONSISTUNT, IN ASSUMPTIONE SUNT, SUNT IN ABUSU (*Ulp. fr.* 5, § 1 *et* 2, *de us. ear. rer.*), ne doivent pas être confondues avec les choses que l'on appelle *fongibles*. Nous reviendrons plus tard (965) sur cette dénomination, et sur la question de savoir pourquoi les vêtemens (*vestimenta*) sont assimilés ici aux denrées, telles que le blé, le vin et l'huile.

lement un droit impossible à établir sur une chose dont on ne concilie jamais l'usage et la conservation ; mais un sénatus-consulte fort ancien, quoique la date précise n'en soit pas connue, permit de léguer valablement l'usufruit de toute espèce de choses, et par conséquent d'une somme d'argent ou de tous autres objets *quæ in abusu consistunt*. (V. *Ulp. fr.* 1 et 3 ; *fr.* 5, § 1 et 2, *de us. ear. rer.*)

Le sénat, en validant un semblable legs, n'a pas rendu moins impossible une séparation quelconque entre l'usufruit et la propriété (*text. hic* ; V. *Caius, fr.* 2, § 1, *eod.*). Aussi, la somme est-elle remise au légataire *ut ejus fiat* : ce n'est pas l'usufruit, c'est la propriété même qu'on lui confère. Toutefois, et pour imiter, autant que possible, les effets de l'usufruit, le légataire s'oblige de restituer une somme égale à celle qu'il reçoit (*de tanta pecunia restituenda*). Les alimens, les boissons et autres objets semblables, sont pareillement acquis au légataire, à la charge par lui de les rendre en mêmes qualité et quantité ; ou plutôt, ce que Caïus (*fr.* 7, *eod.*) trouve plus commode, on les estime, et le légataire s'oblige à rendre l'estimation (*text. hic*).

445. L'obligation que contracte à cet égard le légataire de l'usufruit remplace, soit pour l'héritier, soit pour toute autre personne la nue propriété qui devrait leur rester. (V. *Julian. fr.* 6, *pr. et* § 1, *eod.*) Aussi la restitution doit-elle se faire à l'époque où finirait un véritable usufruit, c'est-à-dire lorsque le légataire sera mort ou diminué de tête ; car ces deux cas d'extinction sont les seuls que l'on puisse appliquer aux choses dont l'usage absorbe nécessairement la substance et la propriété. (*Paul. fr.* 9 ; *Ulp. fr.* 10, *eod* ; *fr.* 7, § 1, *usufr. quemadm. cav.*)

Cette restitution doit être garantie, non-seulement par l'obligation que contracte le légataire de l'usufruit, mais encore par celle d'un fidéjusseur, qui s'engage avec lui. Tel est le sens de la satisdation qu'exige notre texte (*ut satisdet... satisdatur*). D'après le droit prétorien, le véritable usufruitier donne également caution par fidéjusseur, 1° de jouir en bon père de famille ; 2° de remettre, à la cessation de l'usufruit, tout ce qui restera de la chose même. (V. *Ulp. fr.* 1, *pr.*, § 6 *et* 7 ; *fr.* 3, *usufr. quemadm. cav.*)

TITRE V.

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

PR.

446. Tout ce qu'on a dit de l'usufruit, relativement aux objets sur lesquels il peut s'établir (*Ulp. fr.* 5, § 2 ; *fr.* 10, § 1 ; *Marcian. fr.* 12, *de usufr. ear. rer.*), relativement aux différentes manières dont il se constitue ou s'éteint (*text. hic.* ; *Caius, fr.* 3, § 3, *de usufr.*), s'applique au simple usage, ou, pour parler plus exactement, à l'usage nu (*usus nudus*). Caïus (*fr.* 1, § 1, *h. t.*) nous avertit lui-même que cette expression désigne l'usage séparé de toute jouissance, l'usage sans fruit, *nudus usus, id est sine fructu*, dans le même sens où l'on appelle nue propriété (§ 4, *de usufr.*) celle qui serait séparée de la jouissance. Effectivement, l'usager *uti potest, frui non potest* (*Ulp. fr.* 2, *h. t.*). En cela il diffère essentiellement de l'usufruitier, qui a le double droit d'user et de jouir (*pr.*, *de usufr.*) Aussi déclare-t-on (§ 1, *h. t.*), qu'il y a dans l'usage moins de droit (*minus juris*) que dans l'usufruit ; et cela est vrai à la lettre, puisqu'il y a un droit de moins, celui de jouir ou de percevoir les fruits.

447. En attribuant à l'usager un droit qui lui appartiendra exclusivement et sans réserve, *plenum usum, omnem usum*, suivant Ulpien (*fr.* 12, *pr. et* § 3, *h. t.*), c'est-à-dire le droit de se servir des choses et de s'en servir seul, on devrait donc décider qu'il n'a rien à prétendre sur les fruits.

§ IV.

Telle est effectivement, dans notre texte, la décision que Justinien tire de Labéon. (V. *Ulp. fr.* 12, § 2, *h. t.*) L'usage des bestiaux permettra de les employer *ad stercorandum agrum suum* ; l'usager pourra les faire parquer sur ses propres terres ; mais il ne profitera en rien (*non utetur*) du croît, de la laine, ni du lait, *quia ea in fructu sunt* : ce sont des fruits, et cette raison suffit pour que l'usager n'ait rien à y prétendre. Il est vrai qu'Ulpien (*d. fr.* 12, § 2) modifie cette décision, mais par un motif qui, loin d'altérer le principe, vient au contraire le confirmer. Effective-

ment, le droit d'usage dont on s'occupe ici résulte d'un legs; et Ulpien, pour interpréter les intentions du défunt, ne croit pas devoir prendre ses expressions à la rigueur. Il accorde donc un peu de lait; et précisément parce que l'usage légué ne donnerait par lui-même aucun fruit, Ulpien cherche dans la volonté du testateur ce qu'il ne trouve pas dans le droit d'usage, *neque enim tam strictè sunt interpretandæ voluntates defunctorum* (*d. fr.* 12, § 2.)

§ I.

448. Relativement aux fonds de terre, les mêmes considérations militent plus fortement encore. On permet donc à l'usager de prendre le bois, le foin dont il peut avoir besoin jour par jour; et comme la jouissance de certains fruits n'est plus ici la conséquence d'un droit, mais plutôt un acte de convenance, elle ne s'est établie que petit à petit et par concessions successives. Sabinus et Cassius donnent d'abord un peu moins que Nerva, et se joignent ensuite à Proculus et à Labéon pour donner un peu plus que Nerva, mais moins encore que Juventius. Enfin Ulpien accorde plus ou moins (*largius agendum*), suivant la condition de l'usager (*pro dignitate ejus cui relictus est usus*) et suivant l'abondance des récoltes, qui rendrait moins onéreux le prélèvement d'une petite portion sur une grande quantité : *neque enim grave onus est horum, si abundent in fundo.* (*Ulp. d. fr.* 12, § 1, *h. t.*)

En effet, l'usage d'un fonds de terre renfermé dans ses propres limites se réduirait au droit de promenade, *deambulandi et gestandi jus* (*Ulp. d. fr.* 12, § 1), c'est-à-dire à presque rien; alors on permet à l'usager d'empiéter sur la jouissance, quelquefois même de l'envahir. C'est ainsi que, relativement à une forêt, le légataire de l'usage obtient véritablement l'usufruit, et cela par interprétation de la volonté du testateur : on suppose qu'il a voulu léguer plus que l'usage, lorsque l'usage serait sans utilité pour les légataires, *quia nihil habituri essent ex eo legato.* (*Pompon. fr.* 22, *h. t.*)

Ces considérations, fondées sur l'intention présumée du défunt, sont étrangères au droit d'usage pris en lui-même; elles expliquent suffisamment une extension que n'admettrait probablement pas le droit d'usage, s'il était établi, non par testament, mais par une convention dont les clauses prêtent moins à l'interprétation. (*Voyez* Paul, *fr.* 12, *de reg. jur.*, et Janus à Costa sur le *pr.*, *h. t.*)

449. Néanmoins ce sont ces extensions de l'usage que les commentateurs prennent pour l'usage même. En définissant le droit de l'usager, ils lui accordent tout ce qui pourrait être nécessaire à ses besoins, et lui refusent tout ce qui serait ou émolument, ou pur agrément (1). Mais, par une singularité remarquable, en définissant l'usage d'après les extensions dont il est accidentellement susceptible, ils restreignent les limites dans lesquelles ce droit ne doit être soumis à aucune restriction. Je m'explique : l'usager n'a point la jouissance; s'il prend quelques fruits, c'est par extension de droit; c'est une jouissance partielle qu'on lui accorde, et cette concession n'excède pas la mesure de ses besoins (V. *Ulp. fr.* 12, § 1, *h. t.*) : mais les services de la chose appartiennent tous à l'usager, et n'appartiennent qu'à lui; il doit avoir *plenum usum*, *omnem usum* (*d. fr.* 12, *pr. et* § 3) à l'exclusion de tout autre. En un mot, pour tout ce qui tient à l'usage nu, à l'usage proprement dit, l'usager est seul maître; et comme tel, il empêche que la chose ne serve aux autres, lors même qu'il ne veut pas s'en servir. (V. *Pompon. fr.* 22, § 1, *h. t.*) Ainsi le propriétaire lui-même ne rentrera point sa moisson dans les granges; il ne viendra point sur le fonds, ni lui ni sa famille, si ce n'est pour faire la récolte, et ne pourra envoyer dans les autres saisons que les gens nécessaires à la culture. (V. *Ulp. fr.* 10, § 4; *fr.* 12, *h. t.*) Alors, comme la culture est nécessaire aux fruits dont l'usager ne peut empêcher la perception, parce que la jouissance ne lui appartient pas, ce dernier fera place aux travailleurs et les laissera librement vaquer aux travaux champêtres. (V. *Paul. fr.* 15, § 1. *h. t.*) C'est en ce sens que, d'après notre texte (*text. hic*; *Caius, fr.* 11, *h. t.*), l'usager devra ne point gêner le propriétaire et ne point empêcher les travaux d'ex-

(1) *Uti est ad personalem duntaxat utentis indigentiam re uti; frui est omnes omnino fructus ad fruentis quæstum et compendium percipere.* (Pothier, *pand. just. VII, VIII*, 2.)

ploitation, *opera rustica*. Ainsi le propriétaire usera, parce que, sans cela, il ne pourrait pas jouir ; et dans ce sens il conserve pour jouir (*fruendi causa ; Florent. fr.* 42, *de usufr.*), une portion d'usage nécessaire à la jouissance. (V. *Ulp. fr.* 14, § 1, *h. t.*)

§ II.

450. Ce qu'on vient de dire s'applique également à l'usage des bâtimens. Ainsi, quand même l'usager ne pourrait occuper que la plus petite partie de la maison, le propriétaire ne viendra point habiter les pièces vacantes (*Pompon. fr.* 22, § 1, *h. t.*) : il n'est sous ce rapport qu'un étranger ; et loin que le propriétaire puisse profiter des logemens qui sont inutiles à l'usager, on autorise ce dernier à y recevoir des locataires. En général cependant il ne peut louer ; mais, lorsqu'il habite personnellement une partie de la maison, on ne lui envie pas un profit qui ne nuit à personne (V. *Ulp. fr.* 4 *et* 8, *h. t.*); car l'usage d'une maison ou celui d'un esclave ne laissent jamais rien à la jouissance. (*Paul. fr.* 15, *h. t.*)

Certainement, d'après ce qu'on vient de voir, l'usage est loin de se trouver limité aux besoins de l'usager. Pour nous résumer sur ce point, nous distinguerons donc, à l'égard de chaque chose, entre les fruits et les services. Ces derniers appartiennent tous à l'usager, et n'appartiennent qu'à lui. Les fruits ne sont point dans la nature, mais dans l'extension de son droit ; il n'en profite que par empiétement sur la jouissance, et cet empiétement seul a été limité aux besoins de l'usager. (V. *Thémis*, tom. 1, pag. 258; tom. 6, pag. 124.)

451. Nous venons de dire qu'en général l'usager ne peut pas louer ; il ne peut pas non plus vendre ou aliéner gratuitement l'exercice de son droit, et en cela l'usager diffère essentiellement de l'usufruitier (§ 1, *in fin. h. t.*). Ce dernier peut jouir par lui-même ou par autrui, parce qu'il n'y a qu'une façon de jouir ; mais chacun use à sa manière, et conséquemment chacun doit user par soi-même. Notre texte, comme ceux d'Ulpien, Paul et Pomponius (*fr.* 2, 3, 4, 5 *et* 6, *h. t.*), indique suffisamment dans quel sens ce principe s'applique à l'usage d'une maison. Ainsi, les domestiques peuvent habiter avec le maître ; la femme avec le mari, et réciproquement.

§ III.

Pareillement le mari et la femme pourront se servir en commun des choses dont l'usage serait légué à l'un d'eux. (*Paul. fr.* 9, *h. t.*) Par conséquent, si l'usager d'un esclave ou d'une bête de somme est le seul (*ipse tantum*) qui puisse employer leur industrie et leur travail, c'est en ce sens qu'il n'en doit jamais rien louer ou prêter à aucun étranger ; mais il peut les faire travailler pour son compte aux ouvrages qui le concernent personnellement, ou dont il pourrait avoir l'entreprise. (*Ulp. fr.* 12, § 5 *et* 6, *h. t.*)

§ V.

452. L'usage des maisons consiste à les habiter ; cependant on en léguait souvent l'habitation, et ce droit différait du premier relativement aux suites de la petite diminution de tête, qui, avant Justinien, éteignait l'usufruit et l'usage (§ 1, *de acquis. per adrogat.*), et cependant laissait subsister le droit d'habitation (*Ulp. fr.* 10, *h. t.*), parce qu'on ne le considère pas comme un droit unique, mais au contraire comme un droit quotidien qui se renouvelle chaque jour. Chaque jour, en conséquence, apporte au légataire un droit nouveau dont l'acquisition successive continue, soit jusqu'à la mort du légataire, soit jusqu'à sa grande ou moyenne diminution de tête. Telle paraît avoir été, d'après Modestinus (*fr.* 10, *de cap. min.*), la raison d'une différence qui cesse, depuis que Justinien a déclaré la petite diminution de tête insuffisante pour éteindre l'usufruit et l'usage. (V. *Vinnius*, *hic.*) Au surplus, cette même raison peut encore expliquer une seconde différence que Justinien n'a point supprimée : en effet, l'habitation ne se perd pas *non utendo*. (V. *Ulp. fr.* 10, *h. t.*)

453. Du reste, l'habitation paraissait devoir se confondre avec l'usage. Papinien ne distinguait point leurs effets, et Ulpien (*fr.* 10, *h. t.*) déclare expressément qu'il faut habiter par soi-même. Cependant Justinien, en préférant l'opinion de Marcellus, permet de louer, et cette décision rapproche le droit d'habitation de l'usufruit autant que l'opinion contraire le rapprochait de l'usage.

§ VI.

454. Pour traiter des différentes choses incorporelles dans l'ordre où elles sont énumérées ci-dessus (§ 2, *de reb. corpor.*), Justinien devrait s'occuper ici de l'hérédité et des obligations; mais il aura plus loin d'autres occasions d'en parler : en conséquence, il revient aux manières d'acquérir la propriété. Nous avons déjà vu celles qui viennent du droit des gens : il nous reste à examiner comment la propriété se transfère d'après le droit civil.

455. La tradition dont nous avons parlé ci-dessus, comme dérivant du droit des gens, était également admise par le droit civil; mais son usage entre citoyens romains n'était pas aussi étendu qu'entre *peregrini*. Il faut distinguer à cet égard les choses dites MANCIPI : on comprenait dans cette classe les héritages urbains ou ruraux situés en Italie, et les servitudes attachées à ces derniers; on y comprenait aussi les esclaves, et les animaux domestiques qui servent comme bêtes de trait ou de somme, c'est-à-dire les bœufs, les mulets, les chevaux et les ânes. Cette énumération limitative exclut du nombre des choses MANCIPI tout ce qu'elle n'y comprend pas expressément, notamment les héritages situés hors du territoire italien, les éléphans, les chameaux et tous autres animaux sauvages, enfin les servitudes urbaines et en général toutes les choses incorporelles autres que les servitudes inhérentes au sol de l'Italie. (V. *Ulp.* 19, *reg.* 1; *Caius*, 1 *inst.* 120; 2 *ibid.* 15, 16, 22, 29, 31.)

456. Les objets corporels, ainsi que nous l'avons déjà vu, sont seuls susceptibles de tradition, et le droit civil considérait comme valablement aliénés par une tradition ordinaire tous ceux qui n'étaient pas choses MANCIPI (1). Quant à ces dernières, il fallait ou employer les solennités de la mancipation ou recourir à l'autorité du magistrat, et introduire devant lui (*in jure*) un procès volontaire, une revendication solennelle, convenue d'avance entre les parties, et par suite de laquelle on adjugeait la chose au revendiquant dont la prétention n'avait pas été contredite. De cette adjudication résultait ce qu'on appelle *cessio* ou *in jure cessio*. (V. *Caius*, 2 *inst.* 24.)

Nous avons parlé précédemment de la mancipation (201); nous en expliquerons les solennités lorsque nous arriverons aux formes des testamens. (V. § 1, *de testam. ordin.*) Ces solennités, quoique nombreuses, n'exigeaient point la présence du magistrat : aussi l'usage de la mancipation, beaucoup plus fréquent que celui de la cession, aurait rendu cette dernière complètement inutile, si elle n'avait pas été susceptible d'une application plus générale que la tradition et la mancipation. (V. *Caius*, 2 *inst.* 25.) Effectivement, on ne mancipait que les choses MANCIPI, et parmi celles qui n'étaient pas de ce nombre, on ne pouvait livrer et transférer par tradition que les objets corporels. (*Caius*, *ibid.* 19 *et* 22; *Ulp.* 19, *reg.* 3.) Il était donc indispensable de recourir à l'autorité du magistrat pour céder *in jure* une servitude urbaine, un usufruit et plusieurs autres droits dont Ulpien (19 *reg.* 9 *et seq.*) et Caïus (1 *inst.* 168; 2 *inst.* 24, 28, 29 *et seq.*) donnent l'énumération, avec des détails très-précis sur les solennités de la cession.

457. A défaut de cession ou de mancipation, la tradition d'un objet MANCIPI, lors même qu'elle était faite par le véritable propriétaire, n'aurait pas suffi, d'après le droit civil, pour transférer immédiatement la propriété; il fallait continuer de posséder pendant un certain temps, à l'expiration duquel la propriété venait se réunir à la possession. Alors on acquérait par l'*usucapion*, qui suppléait au défaut de mancipation ou de cession. L'usucapion s'accomplissait après un an pour les meubles, après deux ans pour les immeubles. (V. *Caius*, 2 *inst.* 41, 42; *Ulp.* 19, *reg.* 8.)

458. Dans l'intervalle, et malgré la tradition, la chose MANCIPI continuait d'appartenir à son ancien maître et à lui seul; car il n'y avait, du moins dans l'origine, qu'une seule espèce de propriété. Les *peregrini* l'acquéraient d'après le droit des gens, les citoyens, d'après le droit civil; et l'on ne connaissait point, même pour ces derniers, d'acquisition plus ou moins parfaite : les citoyens qui n'auraient pas

(1) Excepté toutefois les fonds provinciaux sur lesquels le droit civil ne reconnaissait aucune autre propriété que celle du peuple romain ou de l'empereur. (*Caius*, 2 *inst.* 7; V. 459.)

été propriétaires d'après le droit civil, ne l'étaient pas du tout. Cependant on admit, dans la suite, une distinction relativement aux choses MANCIPI, qui, au lieu d'être mancipées ou cédées *in jure*, auraient été livrées conformément aux règles du droit des gens. La chose que l'on m'avait ainsi livrée ne m'était point encore acquise d'après le droit civil, mais je l'avais *in bonis*, tandis que *jure Quiritium*, elle continuait d'appartenir à son ancien maître jusqu'à l'expiration du temps fixé pour l'usucapion; car alors la chose que j'avais *in bonis* devenait mienne d'après le droit civil (*jure Quiritium*) : elle était à moi *pleno jure*, comme si elle avait été mancipée ou cédée *in jure*.

On voit par là qu'une chose MANCIPI pouvait momentanément avoir deux maîtres différens, dont l'un continuait, jusqu'à l'usucapion, d'être considéré comme propriétaire d'après le droit civil ou quiritaire, tandis qu'après la tradition faite d'après les conditions requises par le droit des gens pour transférer la chose à un autre, celui-ci l'avait *in bonis* : dans cette position, il ne jouissait pas encore de tous les avantages de la propriété, en ce sens qu'il n'avait pas ceux qui dérivent spécialement du droit civil. Ainsi, par exemple, en affranchissant un esclave, il ne l'aurait pas rendu citoyen romain (74, 77, 78); mais il avait du reste, tous les avantages que le simple droit des gens attache à la propriété, et notamment le droit exclusif d'acquérir tout ce que l'esclave acquiert. Pour profiter de ce droit ou pour faire un affranchi latin Junien, il suffisait, mais il fallait nécessairement que l'on eût l'esclave *in bonis*. (*Caius*, 2 *inst.* 88; *Ulp.* 19 *reg.* 20; V. *fragm. vet. jurisc.*, § 11.)

459. En conservant le titre de propriétaire à l'ancien maître des choses qu'un autre avait *in bonis*, le droit civil refusait à ce dernier la libre, pleine et entière disposition de la chose; mais, du reste, on ignore complétement quelle utilité pouvait offrir à l'ancien maître la rétention du droit que l'on appelle *nudum jus Quiritium*. Justinien n'y voyait qu'un vain titre, et en conséquence, pour supprimer une distinction plus embarrassante qu'utile, il déclara (*C. de nud. jur. quir.*) que quiconque aurait *in bonis* un esclave ou un objet quelconque appartenant à la classe des choses MANCIPI, serait désormais considéré comme seul et légitime propriétaire. La distinction des choses MANCIPI, devenue complétement inutile, fut également supprimée (*C. de usucap. transf.*), et désormais la tradition ordinaire dut équivaloir à la mancipation et à la cession. Aussi, d'après Justinien, la tradition produit, à l'égard de toutes les choses corporelles sans distinction (1), l'effet que le droit civil lui accordait déjà, mais sur les choses NEC MANCIPI seulement.

Dès que la tradition put servir à transférer indistinctement tous les objets corporels, on dut négliger totalement la mancipation et la cession *in jure* ; cependant cette dernière aurait pu n'être pas inutile à l'égard des choses incorporelles; Justinien lui-même (§ 3, *de usuf.*) semble conserver la cession du droit d'usufruit.

460. Quant à l'usucapion, elle serait absolument sans objet, si l'on ne considérait en elle que l'acquisition du domaine quiritaire sur les choses livrées par leur véritable maître, et conséquemment aliénées par la tradition même; toutefois l'usucapion avait un autre but : elle transférait en plusieurs cas la propriété des choses dont la possession n'avait pas été livrée par le véritable propriétaire. Alors en effet la tradition était insuffisante, même d'après le droit des gens, pour aliéner la chose d'autrui; mais le droit civil suppléait quelquefois à cette insuffisance, et réunissait la propriété à la possession continuée pendant le temps fixé. Sous ce rapport, l'usucapion offrait une utilité indépendante de la distinction des choses MANCIPI (V. *Caius*, 2, *inst.* 43); et sous ce rapport aussi, elle a survécu à cette distinction, mais en subissant dans la

(1) Et même sur les fonds provinciaux qui se distinguaient en stipendiaires et tributaires (§ 40, *de div. rer.*). Ils étaient certainement susceptibles de tradition. (*Caius*, 2 *inst.* 21.) Toutefois, comme le droit civil ne reconnaissait dans les provinces d'autre propriétaire que le peuple romain ou le prince, chaque particulier n'avait sur la portion du sol par lui occupée qu'une possession (*Caius*, *ibid.* 7), ou une propriété purement naturelle, protégée par le droit prétorien au moyen des interdits et des actions utiles. En recevant un semblable fonds par tradition, on n'acquérait donc ni la propriété civile ni la revendication qu'on aurait acquise sur tout autre objet *nec mancipi*.

Les fonds provinciaux étaient tributaires dans les provinces appartenant à l'empereur, et stipendiaires dans celles du peuple romain. (V. Théophile sur le § 40, *de div. rer.*)

législation justinienne d'importantes modifications.

TITRE VI.

DES USUCAPIONS ET DES POSSESSIONS DE LONGUES ANNÉES.

461. C'est au possesseur de bonne foi que le droit civil, c'est-à-dire la loi des Douze-Tables, transférait la propriété de la chose d'autrui après un an de possession pour les meubles, et deux ans pour les immeubles. D'après le droit des gens, au contraire, aucune possession ne transfère la propriété sans le fait ou le consentement du maître de la chose, et la bonne foi de l'acheteur trompé; comme celle de tous autres possesseurs, n'est jamais récompensée que par la rétention des fruits perçus et consommés. (V. § 35; 40, 42 *de div. rer.*) Aussi l'usucapion, contraire à l'équité naturelle, n'a-t-elle qu'un motif purement politique, celui de mettre un terme à de trop longues incertitudes sur la propriété. On voulait éviter un grand nombre de procès, et l'on crut pouvoir concilier l'intérêt public avec celui des propriétaires, en fixant des délais qui paraissaient suffire à chacun *ad inquirendas res suas* (*text. hic; Caius*, 2 *inst.* 44; *fr.* 1, *de usurp.*). Toutefois l'usucapion, sans être restreinte aux choses MANCIPI, n'avait cependant qu'une application limitée : elle s'appliquait aux meubles sans distinction de lieux (*ubique*) et aux immeubles en Italie seulement (*text. hic*; *Caius*, 2 *inst.* 46.)

462. Sous Justinien s'opère un changement considérable et quant aux delais et quant aux objets de l'usucapion. En effet, elle s'accomplit sur les meubles, par trois ans; sur les immeubles, par la possession *longi temporis*, qui est de dix ans entre présens, c'est-à-dire entre un propriétaire et un possesseur domiciliés dans la même province. Dans le cas contraire, ou entre absens, la possession *longi temporis* est de vingt ans. (V. *Justin. C.* 12, *de præscr. long. temp.*) Enfin l'acquisition des immeubles, par ce laps de temps, n'est plus bornée au territoire de l'Italie; elle s'étend à toutes les provinces (*text. hic*). Dans ces changemens, Justinien n'introduit pas un droit absolument nouveau; il ne fait, pour ainsi dire, que réunir et confondre l'usucapion avec une autre manière d'acquérir aussi utile, mais moins rigoureuse et par conséquent plus équitable. Elle avait été introduite par les préteurs sous le nom de prescription ou possession *longi temporis*. Voici quel en était l'usage.

463. L'usucapion n'était pas applicable aux immeubles situés hors de l'Italie, la bonne foi du possesseur et la durée de sa possession ne le rendaient jamais propriétaire, et le laissaient continuellement exposé à la revendication que pouvait exercer le véritable maître. Néanmoins cette revendication restait sans effet contre le possesseur qui l'avait été *longo tempore*, c'est-à dire dix ans entre présens et vingt ans entre absens. Au bout de ce temps, le préteur maintenait le possesseur de bonne foi, en lui accordant une exception pour repousser l'action de quiconque prétendait l'évincer. (V. *Diocl. et Max. C.* 2, 3 *et* 9, *cod.*; *Paul.* 5 *sent.* 2, § 3.)

Cette prescription ou exception ne servait qu'à maintenir le possesseur et à le garantir des actions dirigées contre lui, sans permettre que lui-même pût revendiquer la chose, du moins par action directe; car au temps d'Ulpien (*fr.* 10, *si serv. vind.*), on lui accordait l'action utile. L'usucapion au contraire, accomplie par un délai beaucoup plus court, transférait au possesseur le domaine civil ou quiritaire : investi du droit de propriété, lui seul aurait pu revendiquer; n'ayant à craindre aucune revendication étrangère, il n'avait donc besoin d'aucune exception pour la repousser. Sous ce rapport la prescription était moins avantageuse que l'usucapion; mais d'un autre côté, celle-ci, en transférant la propriété, la transférait telle que l'avait eue le précédent propriétaire, avec les servitudes et hypothèques dont elle était grevée, comme l'aurait transférée le véritable maître, s'il avait fait lui-même la tradition. Ainsi, par l'usucapion, le possesseur acquérait les droits du précédent propriétaire, mais rien de plus; et ceux qui avaient sur la chose un droit de gage ou de servitude le conservaient plein et entier. (*Papin. fr.* 44, § 5, *de usurp.*) Après la prescription, au contraire, la même exception qui aurait repoussé la revendication du propriétaire, repoussait également les actions exercées pour servitude, hypothèque et autres droits existans sur la chose. (*Gordian.*, *Diocl.*

et Max. C. 1 *et* 2, *si advers. cred. præscr.*; V. *Paul. fr.* 12, *de div. temp. præscr.*) Sous ce rapport, la prescription, plus avantageuse que l'usucapion, n'était pas sans utilité même pour les immeubles d'Italie.

464. Les changemens de Justinien ont attribué à la prescription des immeubles par dix ou vingt ans tous les effets de l'ancienne usucapion, et par conséquent l'une et l'autre ne forment plus qu'une manière d'acquérir qui s'accomplit sur les mêmes objets et par les mêmes conditions. Occupons-nous donc d'abord des choses qui sont susceptibles d'usucapion ou de prescription.

465. L'une et l'autre conduisent à la propriété par la possession : les objets corporels, seuls susceptibles d'être possédés et livrés (*Paul. fr.* 3, *de adq. vel amitt. poss.*; *Caius*, 2 *inst.* 19 et 28) sembleraient donc seuls susceptibles d'être usucapés ou prescrits. C'est à eux, en effet, que l'usucapion s'applique (*Caius*, *fr.* 43, § 1, *de adq. rer. dom.*), non pas exclusivement, mais principalement, *maxime*, dit Caïus (*fr.* 9, *de usurp.*) Cette expression se réfère sans doute à un petit nombre de choses incorporelles dont l'usucapion primitivement admise a été ensuite rejetée. Telle est l'hérédité (*Caius*, 2 *inst.* 54); telles ont été, jusqu'à la loi Scribonia portée en 720, toutes les servitudes. (V. *Paul. fr.* 4, § 29, *de usurp.*; *Pothier, pand. just. XLI, III*, 7.) D'après la législation des Pandectes, on recouvre par usucapion la liberté des héritages soumis à une servitude urbaine (438; *Paul. fr.* 18, § 2, *quemad. serv.*, *fr.* 4, § 29, *de usurp.*; *Julian. fr.* 32, *pr. et* § 1, *de serv. præd. urb.*); et quoique l'exercice d'une servitude urbaine ou rurale soit insuffisant pour la constituer civilement par usucapion (*Paul. fr.* 14, *de servit.*; *Ulp. fr.* 10, § 1, *de usurp.*), cependant la prescription prétorienne maintient la jouissance de ceux qui ont exercé *longo tempore* une servitude (*Ulp. fr.* 5, § 3, *de itin.*), notamment une servitude urbaine ou un droit d'aqueduc (*Ulp. fr.* 10, *si serv. vind.*; *Scævol. fr.* 26, *de aq. et aq. pluv.*; *Anton. C.* 1 *et* 2, *de serv.*), dont l'exercice constitue une sorte de possession continue. (V. *Paul. fr.* 20, *de serv. præd. urb.*) Quant à Justinien, on cite de lui une constitution (*C.* 12 *in fin.*, *de præscrip. long. temp.*) qui étend cette prescription à toutes les choses incorporelles : il semblerait donc possible d'acquérir aussi une servitude quelconque, par exemple l'usufruit; mais, en rapprochant cette constitution d'une autre (*C.* 13, *de serv. et aqu.*), on aperçoit facilement que la prescription dont il s'agit s'applique effectivement aux servitudes, non pour les constituer, mais pour éteindre *non utendo* (438) celles qu'on n'aurait pas exercées pendant le temps fixé. (V. *Themis*, t. 4, p. 373, t. 6, p. 333.)

466. Revenons aux choses corporelles. Il en est un grand nombre qui ne s'acquièrent point par usucapion. Notre texte excepte d'abord les personnes libres, les choses de droit divin et les esclaves fugitifs.

Un homme libre, qui n'est pas même une chose, les choses sacrées ou religieuses et autres objets qui sont hors du commerce, ne s'acquièrent point par usucapion ou par prescription, sans doute parce qu'ils ne peuvent jamais être acquis à personne par aucun moyen. (V. § 7, *de div. rer.*; *Caius*, 2 *inst.* 48.)

467. Quant à l'esclave fugitif, la prohibition tient à une autre cause. En effet, sa fuite est considérée comme un vol qu'il fait de sa propre personne. (*African. fr.* 60, *de furt.*; *Diocl. et Maxim. C.* 1, *de serv. fugit.*) Or, l'usucapion des objets volés ou possédés de force est prohibée (§ 2, *h. t.*); savoir, celle des choses volées, par la loi des Douze-Tables et par la loi Atinia (1); celle des choses possédées de force, par les lois Julia et Plautia. (V. *Caius*, 2 *inst.* 45; *Julian. fr.* 33, *de usurp.*; *Venul. fr.* 6, *vi bon. rapt.*)

Cette prohibition serait complétement inutile à l'égard du voleur ou du ravisseur, car sa mauvaise foi suffit pour l'empêcher d'acquérir par usucapion; mais il a fallu une exception formelle pour priver de ce bénéfice tous les possesseurs de bonne foi à qui passerait successivement la chose volée ou possédée par force (*text. hic*; *Caius*, 2 *inst.* 49 *et* 50). Il y a vol toutes les fois que l'on déplace sciemment et frauduleu-

(1) On ne sait pas précisément ce qu'aurait ajouté aux dispositions antérieures de la loi des Douze-Tables, la loi ATINIA, plebiscite porté l'an de Rome 557. La loi PLAUTIA est un autre plebiscite proposé par M. Plautius en 665, sous le consulat de CN. Pompée et de P. Caton. La loi JULIA, attribuée à Auguste, paraît être la même dont il est question au § 8, *de publ. jud.*

sement la chose d'autrui ; par exemple, en la vendant ou la donnant de mauvaise foi (*text. hic* ; § 1 *et* 5, *de oblig. quæ ex del.*; *Anton. C.* 1, *de usuc. pro empt.*; *Diocl. et Max. C.* 2, *de usuc. pro donat.*) On voit par là qu'il est très-difficile d'acquérir un meuble par usucapion ; car nous le recevons du consentement du véritable propriétaire ou à son insu : dans le premier cas, la propriété est transférée de suite ; dans le second, la chose aura presque toujours été volée, sinon par celui de qui nous la tenons, au moins par un de ceux qui l'auront livrée à l'insu du propriétaire.

§ IV, V et VI.

Je dis presque toujours, parce que le contraire peut arriver, comme on le voit par les deux exemples que Justinien rapporte ici (§ 4 *et* 5), et auxquels on pourrait en joindre plusieurs autres d'après Caïus (*fr.* 36, § 1, *de usurp.*), Paul (*fr.* 4, *pro derel.*) et Papinien (*fr.* 57, *mandat. vel contr.*).

Remarquons ici qu'il n'y a point de vol sans intention frauduleuse (*sine affectu furandi*, § 5, *h. t.*), même lorsque l'on commet une erreur de droit. Ainsi, l'enfant d'une esclave n'appartient jamais à l'usufruitier (§ 37, *de div. rer.*) : ce dernier devrait le savoir, et néanmoins son ignorance ne constitue point un vol (§ 5, *h. t.*, *Caius*, 2 *inst.* 50 ; *fr.* 37, *de usurp.*)

§ VII.

468. Les immeubles seraient aussi difficiles à prescrire que les choses mobilières, s'ils pouvaient être volés, comme le croyaient plusieurs anciens jurisconsultes ; mais on ne vole point les immeubles (*text. hic*), parce que le vol suppose un déplacement (§ 1, *de obl. quæ ex delict.*) dont ils ne sont pas susceptibles. Il suffit donc au possesseur de bonne foi que l'immeuble n'ait jamais été possédé par force, encore bien que le vendeur ou donateur fût de mauvaise foi (*text. hic*; *Caius*, *fr.* 37, § 1 ; *fr.* 38, *de usurp.*), tandis qu'à l'égard des meubles, la mauvaise foi du vendeur constituerait un vol et empêcherait l'usucapion (*text. hic*). Elle n'empêchait pas la prescription *longi temporis*, puisque celle-ci ne s'appliquait qu'aux immeubles (1). Aussi Justinien déclare-t-il ici que nul ne doit être dépouillé des immeubles dont il aurait *longa et indubitata possessio* ; c'est-à-dire que, hors le cas où l'immeuble aura été envahi par force, la prescription *longi temporis* s'accomplira par dix ou vingt ans au profit du possesseur de bonne foi, et suffira, malgré la mauvaise foi de ses auteurs, pour le préserver de toute action. Tel est, selon moi, le sens des constitutions auxquelles se réfère Justinien, constitutions qui nous sont inconnues, et que lui-même ne tarda pas à modifier.

469. Effectivement, d'après la novelle 119 (*chap.* 7), la bonne foi du possesseur ne suffit plus ; il faut que son auteur ait été lui-même de bonne foi, ou, dans le cas contraire, que le véritable maître n'ait pas ignoré son droit et le fait qui a transféré la possession à un tiers. Autrement le possesseur, malgré sa bonne foi, ne prescrirait que par trente ans.

§ VIII.

470. L'obstacle résultant soit du vol, soit de la violence, cesse lorsque la chose revient en la possession non pas précisément de celui qui a été volé, mais du véritable propriétaire. (*Paul. fr.* 4, § 6, *de usurp.*) Alors en effet le vice est purgé, et la chose volée ou possédée par force devient susceptible d'usucapion (*text. hic*). Mais pour qui ? Ce n'est pas à coup sûr pour le propriétaire qui recouvre la possession ; c'est donc pour les possesseurs de bonne foi, à qui la chose passerait sans nouvelle violence ou sans nouveau larcin. Ainsi, pour savoir si une chose est imprescriptible, il faut examiner, non pas uniquement si elle a été volée ou possédée par force dans un temps quelconque, mais si elle l'a été depuis la dernière fois qu'elle est revenue au pouvoir du maître : du reste, dès qu'elle a

(1) L'usucapion des meubles, limitée pour tout l'empire à l'espace d'un an, rendait la possession *longi temporis* complètement inutile à leur égard, lorsqu'il s'agissait de propriété (*in... proprietatis negotio* ; *Diocl. et Max. C.* 2, *in quib. caus. cess. long. temp.*); mais sous d'autres rapports la possession *longi temporis* n'était pas moins utile pour les meubles que pour les fonds italiens (V. 463), et elle maintenait également la possession des uns et des autres. (*Marcian. fr.* 9, *de divers. temp.*; *Modest. fr.* 3, *eod.*)

été soustraite ou enlevée, il importe peu que ce soit au propriétaire même ou à tout autre. (V. § 13 *et* 14, *de obl. quæ ex del.*)

La chose est censée revenue au pouvoir du maître et l'obstacle levé, lorsqu'il a repris possession de la chose comme sienne, et sachant qu'elle a été volée. Il en serait autrement si, dans l'ignorance du vol, le propriétaire achetait sa propre chose. (*Paul. d. fr.* 4, § 12, *de usurp.*)

§ IX.

471. Entre autres priviléges dont on peut voir l'énumération dans Pothier (*pand. just., liv.* 49, *tit.* 14), le fisc a l'avantage de ne jamais perdre par usucapion les choses qui lui appartiennent (*text. hic ; Alex. C.* 2, *commun. usucap.*).

Les biens vacans, c'est-à-dire ceux des personnes décédées sans successeurs, sont attribués au fisc par une loi Julia, surnommée Caducaire. (V. *Jullian. fr.* 96, § 1, *de legat.* 1.) Ils lui sont acquis de plein droit, même avant que l'administration ait été instruite par le rapport de ceux qu'elle emploie à découvrir les droits dévolus au fisc (V. *Calistr. fr.* 1, § 1, *de jur. fisc.*), et jusque là cependant les biens vacans sont encore susceptibles d'usucapion (*text. hic, Modest. fr.* 18, *de usurp. Voyez* Vinnius, *hic*).

§ X.

472. On appelle vice, en matière d'usucapion ou de prescription, tout ce qui empêche l'une ou l'autre de s'accomplir. Les choses vicieuses sont celles dont l'usucapion est prohibée, soit à raison de l'objet même, comme dans les cas de vol ou de violence, soit à raison d'un privilége accordé au propriétaire, et par exemple au fisc. (V. *Pompon. fr.* 24, § 1, *de usurp.*)

Dans ce sens on doit regarder comme vicieux tout objet dont l'aliénation serait prohibée; car l'usucapion est une espèce d'aliénation tacite. Ainsi, entre autres objets spécialement déterminés par les lois, on ne pourra usucaper ni les biens appartenant au peuple ou aux cités (*Caius, fr.* 9, *de usurp.*), ni le fonds dotal, dont la femme et le mari sont incapables de disposer (*pr., quib. alien.*). Cependant l'obstacle qui, dans ce dernier cas, empêche l'usucapion non commencée, n'interrompt pas celle qui a déjà couru avant que l'immeuble fût constitué en dot. (*Tryph. fr.* 16, *de fund. dot.*) Les pupilles, incapables de rien aliéner sans autorisation (§ 2, *quib. alien.*), n'ont point à craindre l'usucapion (1). Enfin, l'on ne comptait pas pour la prescription *longi temporis* le temps qui aurait précédé la majorité du propriétaire. (*Diocl. et Max. C.* 3, *quib. non. obj. long. temp.*)

§ XI.

473. La loi vient au secours du possesseur de bonne foi, c'est-à-dire de celui qui se croit propriétaire; mais évidemment elle n'a point voulu favoriser l'erreur de ceux qui se tromperaient eux-mêmes par leur propre faute. Ainsi, par exemple, celui qui, sachant traiter avec un pupille, le supposerait capable d'aliéner sans autorisation, on se contenterait d'une autorisation irrégulière, celui-là serait dans une erreur de droit, qui ne peut lui profiter. (*Paul. fr.* 2, § 15, *pro empt.* ; *fr.* 12 *et* 31, *de usurp.*) Il en serait autrement si, recevant la chose d'une personne que je croyais capable d'aliéner, je n'avais erré que sur un fait; par exemple, si j'avais considéré comme propriétaire celui qui ne l'était pas (V. § 35, *de div. rer.* ; *pr., h. t.*), ou comme pubère celui qui était en tutelle. (*Paul. d. fr.* 2, § 15, *pro empt.*)

474. Mais lors même qu'il s'agit d'une erreur de fait, il ne suffit pas de se croire propriétaire, si pareille opinion n'est justifiée par rien. La première chose à examiner, pour apprécier la bonne foi du possesseur, sera donc de savoir pourquoi et comment il pense avoir acquis la propriété; il aura pu le penser dans tous les cas où, conformément aux règles précédemment exposées, la propriété aurait été acquise avec et par la possession, si la chose n'avait appartenu à personne, ou si le propriétaire avait donné à l'aliénation un consentement valable. Ainsi, les objets abandonnés par le véritable maître sont immédiatement acquis au premier occupant (§ 46, *de div.*

(1) *Paul. fr.* 48, *de adq. rer. dom.* Cujas (24 *obs.* 14) distingue entre les meubles et les immeubles du pupille. Les premiers lui paraissent susceptibles d'usucapion. (V. *Julian. fr.* § 56, 4, *de furt.*)

rer.) ; et celui qui, par erreur, s'emparerait d'un objet abandonné par tout autre que le véritable maître, pourrait se croire propriétaire, et le deviendrait effectivement à l'expiration du temps requis, après avoir possédé PRO DERELICTO les objets abandonnés (V. *Paul. fr.* 2, *pro suo* ; *fr.* 3, § 4, *de adq. vel amitt. poss.*) ; mais nul n'acquiert par usucapion les choses qu'il possède comme objets perdus, parce que l'on n'a, dans ce cas, aucune raison plausible pour se croire propriétaire. (V. § 47, *de div. rer.* ; *Javol., fr.* 21, § 1 et 2, *de adq. vel amitt. poss.*)

Pareillement, comme la tradition, lors même qu'elle est faite par le véritable maître, n'a pas toujours pour but de transférer la propriété, nul ne pourrait se croire propriétaire des objets qu'il aurait reçus en gage, en dépôt, en prêt ou à tout autre titre semblable (V. *Paul. fr.* 13, *de usurp.* ; *Diocl. et Maxim. C.* 8, *de usufr.* ; *C.* 8, *de bon. auct. jud.*) ; mais l'erreur de celui à qui la chose aurait été livrée comme donataire, comme acheteur, serait une erreur plausible ; et puisque la tradition, faite à ce titre par le véritable maître, aurait effectivement transféré la propriété (396), on a juste raison de la croire transférée par la tradition qu'aurait faite au même titre l'étranger que l'on a considéré comme véritable maître. Dans ce cas, on possède de bonne foi (§ 35, *de div. rer.*), et, par suite de cette bonne foi, l'usucapion ou la prescription donne réellement, à l'expiration du temps fixé, la propriété dont on pouvait se croire et dont on se croyait investi par la tradition même. C'est ainsi que l'on possède et que l'on prescrit PRO EMPTORE, PRO DONATO, PRO LEGATO, PRO DOTE, la chose vendue, donnée, léguée ou constituée en dot par tout autre que le véritable maître. (*Voyez* au Digeste les titres 4, 5, 6, 7, 8, 9 et 10 du livre 41.)

475. Mais faut-il qu'il y ait réellement eu vente, donation, legs ou constitution de dot ; et ne suffirait-il pas qu'un titre putatif existât dans l'opinion du possesseur qui aurait erré, non seulement sur la personne de son auteur, mais encore sur le titre ou la cause qui aurait motivé la tradition ? Telle est la question à laquelle se réfère notre texte, et cette question divisait autrefois les avis. (V. *Ulp. fr.* 27, *de usurp.* ; *Hermog. fr.* 9, *pro legat.*) Il semblerait cependant, d'après ce que nous avons dit jusqu'ici, qu'elle ne devait souffrir aucune difficulté. Effectivement, lorsque nous avons considéré la tradition, faite par le véritable maître, comme une manière d'acquérir, c'est par l'intention des parties que nous avons motivé la translation de propriété sans chercher hors de leur volonté aucune autre cause accessoire ; c'est uniquement pour apprécier leur intention, que nous avons cru devoir examiner dans quel but, pour quel motif, ou à quel titre la tradition aurait été faite (395, 396). Lorsque nous expliquons l'acquisition par usucapion ou par prescription, nous la motivons sur la bonne foi du possesseur ; nous faisons consister cette bonne foi dans l'opinion de celui qui se croit propriétaire et dont l'erreur est fondée sur des raisons plausibles ; enfin pour juger ces raisons, nous nous reportons aux différentes manières d'acquérir, et notamment à la tradition. Il s'agit donc uniquement de savoir dans quel but et à quelle intention le possesseur aurait reçu la chose ; et son opinion, son erreur, sa bonne foi, semblent toujours les mêmes, lorsqu'il se considère comme acheteur ou comme donataire d'une chose qui réellement n'a été ni donnée ni vendue. Effectivement le donataire et celui qui se croit tel n'ont, en recevant la chose, qu'une seule et même intention, celle d'en acquérir la propriété.

476. Cependant, pour se croire propriétaire, et par conséquent pour être de bonne foi, le premier a un motif plus réel que le second ; car celui-là mériterait peu de confiance, qui prétendrait avoir été persuadé de l'existence d'une vente, d'une donation, d'un legs ou d'une constitution de dot, lorsque cette erreur n'aurait aucun fondement. Aussi Ulpien (*fr.* 27, *de usurp.*) déclare-t-il expressément que, malgré la persuasion du possesseur, il n'y aura point d'usucapion, si la vente, le legs, la donation ou la constitution de dot n'ont jamais existé. Telle est aussi la décision de notre texte, conforme à celle de plusieurs jurisconsultes (V. *Paul. fr.* 1, *pro donat.* ; *fr.* 2, *pro legat.* ; *Papin. fr.* 3, *eod.*), et de là cette règle générale que la possession ne conduit point à la propriété sans un juste titre *nullo justo titulo præcedente.* (*Diocl. et Maxim. C.* 24, *de rei vind.*) Toutefois, cette règle n'est réellement applicable qu'à ceux dont l'erreur sur l'existence du titre ne pourrait s'expliquer d'au-

cune manière plausible ; par exemple, à ceux qui personnellement croiraient avoir acheté ce qui n'a point été vendu ; mais il en serait autrement de la vente que je croirais avoir été faite à mon esclave, à mon procureur, ou au défunt dont j'ai recueilli l'hérédité. Dans ce cas, un pourrait admettre relativement au fait d'autrui, une erreur qui serait impardonnable sur un fait personnel. (*Nerat. fr.* 5, § 1, *pro suo*; *Afric. fr.* 11, *pro empt.*)

Observez ici que ce n'est pas le titre, mais l'erreur et par conséquent la bonne foi du possesseur, que l'on considère. Il en est de même pour le cas où l'on aurait traité de bonne foi avec un fou, le croyant sain d'esprit. Il n'y a pas de titre, en ce sens qu'il n'y a pas de vente, *nulla emptio*, dit Paul, et cependant l'usucapion aura lieu. (*Paul. fr.* 2, § 16, *pro empt.*; *fr.* 13, § 1, *de usurp.*) Pareillement, l'erreur occasionée par l'identité du nom peut autoriser une personne à se croire légataire sans lui en donner réellement le titre ; le legs révoqué par un codicille, et le legs irrégulier, ne sont point des legs ; cependant ceux qui auraient ignoré la révocation de l'un et le vice de l'autre, acquièrent par usucapion (*Pompon. fr.* 4, § 2, *pro suo*; *Hermog. fr.* 9, *pro legat.*), et Paul (*fr.* 4, *eod.*) nous en donne la raison : IN HORUM ENIM PERSONA SUBEST CAUSA, dit-il, QUÆ SUFFICIAT AD USUCAPIONEM. Ainsi, là où il n'existe point de vente, point de legs, il existe cependant une cause suffisante pour l'usucapion. Cette cause ne tient donc pas au titre, elle est tout entière dans les personnes (*in horum persona*), dans l'opinion qu'elles ont pu avoir, c'est-à-dire dans leur bonne foi ; et lorsqu'on examine le titre, la cause ou l'origine de la possession, c'est uniquement pour apprécier si celui qui croirait avoir acquis la propriété ne l'aurait pas cru trop facilement.

477. Cette discussion aboutit tout entière à la question suivante : lorsque l'erreur et la bonne foi du possesseur seront bien justifiés, lorsqu'on n'aura sous ce rapport aucun reproche à lui faire, aucun doute à concevoir, pourra-t-on exiger quelque chose de plus pour l'usucapion ou la prescription ? Je crois fermement la négative ; et comme j'arriverais nécessairement à une conclusion directement contraire, si je considérais le juste titre et la bonne foi comme deux conditions distinctes, je n'hésite pas à rejeter la classification généralement admise par les interprètes.

478. Conformément aux principes que nous venons d'exposer, on décide que la chose d'autrui donnée en paiement peut être acquise par usucapion au possesseur de bonne foi, non-seulement lorsqu'une véritable créance lui donne un titre pour exiger ou pour recevoir le paiement, mais aussi lorsqu'il croit être créancier sans l'être réellement (*Hermog. fr.* 46, *de usurp.*; *Pompon. fr.* 3, *pro suo*), et pourvu toutefois que l'erreur soit excusable. (*Julian. fr.* 7, § 2, *pro empt.*)

479. Lorsqu'on discute la bonne foi du possesseur on se reporte à l'époque où la possession a commencé, sans examiner l'époque du contrat qui serait devenu la cause ou le titre de la possession, mais qui, par lui-même, ne donne jamais la propriété. Quiconque l'oblige à transférer la chose d'autrui, la transfère effectivement, lorsqu'au moment de la tradition, il est lui-même propriétaire ou autorisé par le consentement de celui à qui la chose appartient. (*Papin. fr.* 44, § 1, *de usurp.*) C'est donc sur ce dernier fait qu'il faut et qu'il suffit d'avoir été de bonne foi. (*Paul. fr.* 15, § 3, *eod.*) Néanmoins, dans le cas de vente et par une exception fondée sur un motif dont il est difficile d'être pleinement satisfait, Paul (*fr.* 2, *pro empt.*) exige que l'acheteur ait été de bonne foi et en achetant et en recevant la possession. Du reste, il importe peu que par suite la bonne foi continue ; car le possesseur qui cesserait de faire les fruits siens, ne cesserait pas de prescrire lorsqu'il viendrait à savoir que la chose ne lui appartient pas. (V. *Paul. fr.* 48, § 1, *de adq. rer. dom.*)

§ XII.

480. Pour acquérir par usucapion ou par prescription, il faut nécessairement posséder ; et pour posséder, il faut, ainsi que nous l'avons déjà vu, joindre une intention à un fait. (*Paul. fr.* 3, § 1, *de adq. vel amit. poss.*) L'intention est toujours personnelle ; le fait consiste dans une appréhension corporelle de la chose dont on peut se saisir par soi-même ou par autrui. (*Paul.* 5 *sent.* 2, § 1.) Ainsi le locataire, l'usufruitier détiennent la chose sans la posséder (§ 4, *per quas person.*), parce que leur qualité d'usufruitier ou de locataire exclut

toute espèce de prétentiou sur la propriété ; et le véritable possesseur est celui pour qui et au nom de qui l'on détient, pourvu toutefois que ce dernier veuille réellement avoir la chose à soi. Alors il possède, et l'usucapion peut courir à soo profit, s'il est de bonne foi ; car celui qui détieot pour soi, et qui par conséquent possède, peut posséder de boone ou de mauvaise foi : et de là vieot que l'usucapion n'est pas toujours une suite nécessaire de la possession. (*Paul. fr.* 3, § 22, *de adq. vel amitt. poss.; fr.* 2, § 1, *pro empt.*) Nous reviendrons plus loin, et notamment au titre *de interdictis*, sur les différentes espèces de possession que l'on pourrait distioguer : quaot à présent, et pour éviter plusieurs équivoques, il suffira d'observer que la possession dont nous parlons ici, celle qui produit l'usucapion et la prescription, se oomme souvent possessiou civile, à cause des effets particuliers que le droit civil lui attribue, et par opposition à plusieurs autres possessions dites naturelles, parmi lesquelles on comprend même la détention de celui qui n'a et ne peut avoir aucune prétention à la propriété. C'est ainsi que l'usufruitier qui, civilemeut parlant, ne possède pas (§ 4, *per quas pers.*), a de fait une sorte de possession que l'on nomme naturelle. (*Ulp. fr.* 12, *de adq. vel amitt. poss.*)

481. La possessiou ne produit son effet qu'après avoir cootinué saus ioterruption pendant le temps fixé. Il y a interruption lorsqu'on cesse réellement d'avoir eo sa puissaoce la chose que l'oo détenait par soi-même ou par autrui, notamment lorsqu'on est dépouillé ou expulsé. (*Caius, fr.* 5, *de usurp.*) La captivité du possesseur forme également une iuterruption que ne réparerait pas le retour du prisonnier ; car la fiction de *postliminium*, qui le rétablit dans ses droits, n'a aucun effet sur la possession et sa continuité, qui sont choses de fait. (V. *Paul. fr.* 15, *eod.; fr.* 1, § 5, *de adq. vel amitt. poss.; Ulp. fr.* 23, § 1, *ex quib. caus. maj.*)

La revendication intentée contre le possesseur n'empêche pas qu'il ne détienne réellement la chose ; néanmoins l'instance produit une interruptiou civile uu fictive, et la prescriptioo cesse de courir contre le demandeur, lors même que la durée du procès prolongerait de dix ou de vingt ans la possession du défendeur. (V. *Sev. et Anton. C.* 1, *de præscr. long. temp.; Diocl. et Max. C.* 2 *et* 10, *eod.*) L'usucapion, au contraire, continuait toujours pendant les délais de l'iostaoce (*Paul. fr.* 2, § 21, *pro empt.; Marcel. fr.* 2, *pro don.*) : seulement le possesseur devenu propriétaire était condamné à rendre la propriété acquise peudant le cours du procès (1).

L'interruption de l'usucapion se nomme usurpatioo, du mot USURPARE, qui, en jurisprudence, signifie retenir ou conserver par l'usage ou par la possession, et conséquemment empêcher l'usucapion qui dépouillerait l'ancien propriétaire faute de possession (2).

482. Maintenant, examinons la question qui furme l'objet spécial de ce paragraphe.

La possession doit être continue ; mais il n'est pas absolument nécessaire qu'uoe seule et même personne possède pendant tout le temps. L'équité permet quelquefois de compter à notre profit l'espace pendant lequel un autre aurait possédé. (*Scævol. fr.* 14, *de divers. temp. præscr.*)

D'abord il est certains individus qui, en succédant à un autre, le représcoteut de manière à ne former avec lui qu'une seule et même personne. C'est aiosi que les héritiers et les possesseurs de biens représentent le défunt. (*Ulp. fr.* 59, *de reg. jur.*) Aussi oe commencent-ils pas une possession nouvelle ; ils n'ont d'autre possession que celle de leur auteur, qui se continue en eux (*heredi continuatur*), pourvu toutefois que depuis la mort du défunt elle n'ait éprouvé aucune iuterruption en passant par les mains d'un tiers. (*Javol. fr.* 20, *de usurp.*) Puisque le défunt et sou héritier n'ont entre eux qu'une seule possession, et puisque c'est au commencement de la possession qu'on examine la bonne foi, il en résulte qu'une possessiou, vicieuse pour le

(1) *Caius, fr.* 18, *de rei vind.; § 3, de offic. jud.* L'usucapinn courait même contre ceux qui n'avaient pu l'interrompre (V. § 5, *de act.*); la prescription, moins rigoureuse, ne courait ni contre les mineurs de vingt-cinq ans, ni contre les absens, ni contre les prisonniers de guerre. (*Diocl. et Max. C.* 3, 4 *et* 6, *quib. non obj. long.*)

(2) Les grammairiens prennent le mot USURPARE dans un autre sens, pour indiquer le fréquent usage de telle ou telle locution. (*Paul. fr.* 2, *de usurp.*) *Voyez* Cujas sur ce texte.

défunt, se continuera vicieuse pour l'héritier, malgré la bonne foi où il se trouve personnellement; et réciproquement, que la prescription utilement commencée pour le défunt continuera de profiter à l'héritier, malgré sa mauvaise foi, comme elle aurait continué pour le défunt, même après qu'il aurait cessé d'être de bonne foi. (*Text. hic; Paul. fr.* 2, § 19, *pro empt.; Papin. fr.* 11, *de divers. temp. præsc.*)

Justinien nous avertit que, d'après sa constitution, tout ceci s'applique à l'usucapion, c'est-à-dire à l'usucapion proprement dite, qui est celle des meubles, par opposition au *diutina possessio*, qui accomplit la prescription des immeubles. En effet, la possession du défunt s'est continuée de tout temps pour l'héritier, du moins à l'égard des immeubles; mais il paraîtrait n'en avoir pas été de même dans l'usucapion des meubles (V. *Paul. fr.* 31, § 1, *de usurp.*), surtout lorsqu'on voit Justinien établir, par une disposition spéciale, que la possession du défunt comptera aux héritiers pour l'acquisition triennale, et ne sera pas interrompue par la mauvaise foi de ces derniers. (*C. de usucap. transf.*) Voyez sur ce point Janus à Costa et Théophile. Vinnius adopte une interprétation différente.

§ XIII.

483. Du vendeur à l'acheteur il peut y avoir, sinon continuation d'une même possession, du moins jonction de deux possessions (*conjungi tempora*). En effet, l'acheteur ne forme pas une seule et même personne avec le vendeur; la vente est pour le premier un titre nouveau, la cause d'une nouvelle tradition, laquelle commence une possession qu'il faut apprécier en elle-même et indépendamment de celle du vendeur. Ainsi l'ignorance de celui-ci n'excusera pas la mauvaise foi de l'acheteur (*Paul. fr.* 2, § 17, *pro empt.*); et réciproquement, les reproches que mériterait le vendeur n'empêcheront point que le nouveau possesseur ne prescrive de son chef. (*Ulp. fr.* 5, *de divers. temp. præscr.; Alex. C.* 3, *de peric. et commod.*) En un mot, il y a ici deux possessions qui peuvent ou se réunir ou rester séparées.

Elles se joignent lorsque chacune d'elles peut utilement compter pour la prescription; et cette faculté de joindre à sa propre possession celle de son auteur, profite non-seulement aux acheteurs, mais encore aux donataires, légataires et autres successeurs particuliers. (*Ulp. d. fr.* 5, *de divers. temp. præsc.; fr.* 13, § 6, 10 *et* 12, *de adq. possess.*)

On appelle en général auteur celui qui a transmis la chose, et successeur celui à qui elle est transmise. Aux successeurs particuliers dont parle notre texte, on oppose les successeurs universels dont il est question dans le précédent paragraphe.

§ XIV.

484. La vente de la chose d'autrui, consentie par le fisc, avait, d'après une constitution de Marc-Aurèle, un effet particulier; car, sauf le cas où la chose aurait été celle d'un mineur, l'acheteur pouvait, après cinq ans de possession, repousser la revendication du propriétaire. Un semblable privilége n'eu serait pas un pour le possesseur de bonne foi qui au bout d'une ou de deux années aurait acquis par l'usucapion, non pas une simple exception, mais la propriété même. La constitution de Marc-Aurèle ne pouvait donc réellement profiter qu'aux acheteurs de mauvaise foi. (V. *Diocl. et Max. C.* 3, *si advers fisc.*)

Les traditions faites par le fisc obtinrent sous Zénon des priviléges plus étendus. Au lieu d'une exception contre le propriétaire, c'est une véritable propriété qui se transmet libre de toute hypothèque; et cela, non plus au bout de cinq ans, mais avec la possession même, sans aucun délai; non plus à l'acheteur exclusivement, mais à tous acquéreurs et même aux donataires, sauf le recours du propriétaire ou des créanciers hypothécaires contre le trésor impérial, pendant quatre ans seulement. (V. *Just. C.* 3, *de quadr. præscr.*)

485. Celui à qui le prince transmet une possession du fisc la reçoit en quelque sorte de l'autorité publique, parce que le fisc appartient au prince comme chef de l'État; et c'est pour cela qu'on mettait le nouveau possesseur à l'abri de toutes poursuites. Il n'en était pas de même relativement au domaine privé, c'est-à-dire aux biens que le prince possède comme particulier. Justinien est le premier qui ait oublié cette distinction, en assimilant ici la maison de l'empereur, et même celle de l'impératrice, à

l'administration du fisc. (*Text. hic, in fin.*; *d. C. de quadr. præscript.*)

486. Il existe encore plusieurs prescriptions, et entre autres une prescription de trente ans fort célèbre. Justinien n'en parle pas dans ce titre, et avec raison, puisque ces prescriptions ne transfèrent point la propriété. A la vérité, la prescription trentenaire maintient le possesseur, et le préserve des actions dirigées contre lui, mais sans lui attribuer aucune action pour reprendre la chose passée en d'autres mains. C'est à l'ancien maître, et à lui seul, qu'appartient dans ce cas la revendication, quoique déjà repoussé par le précédent possesseur qui lui aurait opposé la prescription ou exception trentenaire. (*Justin. C.* 8, § 1, *de præscrip.* 30 *ann.*) Nous reviendrons sur cette matière, en expliquant un autre titre (*liv.* 4, *tit.* 12).

TITRE VII.

DES DONATIONS.

487. La donation que Justinien présente ici comme un genre d'acquisition particulier (*genus adquisitionis*) était moins une manière d'acquérir que le résultat d'une aliénation qui s'opérait comme toutes les autres, c'est-à-dire par mancipation ou par tradition, suivant que la chose était ou non RES MANCIPI (V. *Constant. C.* 4, C. Th. *de donat.*); et c'est en remontant aux causes ou au but de chaque aliénation, que l'on distinguait de toute autre celle que nous appelons ici donation, celle qui se fait, non pour accomplir une obligation quelconque, mais par un motif de pure libéralité. (V. *Papin. fr.* 29, *h. t.*; *fr.* 82, *de reg. jur.*) Effectivement, l'étymologie du mot donation (*dono datum*; *Paul. fr.* 35, § 1, *de mort. caus. don.*) en indique le double sens. Il explique à la fois la dation (*datum*) ou le fait translatif de propriété, et le don (*donum*) ou la libéralité qui forme le caractère spécial de cette transmission.

Le verbe DARE a dans la langue du droit un sens spécial. Il signifie transférer la propriété (V. § 14, *de action.*) : ainsi la donation pourrait être assez bien définie en deux mots, DONI DATIO. (*Perezius, ad inst.*)

Le consentement des parties n'est pas moins nécessaire dans la donation que dans toute autre aliénation, et par conséquent nul ne deviendra donateur ou donataire sans le vouloir. (*Ulp. fr.* 19, § 2, *h. t.*; *Diocl. et Max. C.* 10, *eod.*) Du reste ici, comme dans les cas de vente, de constitution de dot, et autres semblables, la volonté d'aliéner ne produit son effet et ne transfère la propriété que par la possession. Ainsi la donation n'existait qu'après la tradition ou la mancipation. Jusque-là le donateur restait propriétaire comme le vendeur, mais toutefois avec cette importante différence, que, dans le cas de vente, le simple consentement des parties qui s'accordent sur la chose et sur son prix forme par lui-même un contrat, et attribue à chaque partie une action pour contraindre l'autre à remplir son engagement (*pr.*, *de empt. vend.*); tandis que la simple convention de donner gratuitement n'aurait formé qu'un pacte, et, à ce titre, elle ne pouvait produire aucune action contre le donateur. (*Papin. fr.* 15, *de fund. dot.*; *Scævol. fr.* 35, *h. t.*) Pour donner à cette convention le caractère et la force d'un contrat, il aurait fallu la revêtir des solennités de la stipulation : alors le stipulant aurait pu agir contre le promettant, pour contraindre ce dernier à faire, par mancipation ou par tradition, la donation promise. (V. *Julian. et Ulp. fr.* 2, § 1 *et seq.*; *fr.* 17, *h. t.*)

488. Sous Constantin, la donation prend un caractère entièrement nouveau. Ce n'est plus un acte privé, une aliénation régie par les principes ordinaires. La volonté des parties doit être exprimée, et la tradition doit se faire avec plusieurs solennités requises pour garantir l'authenticité et la publicité des donations. Ainsi la convention devait être connue de plusieurs personnes, et rédigée par écrit; le donateur devait se dessaisir de la chose, en présence des voisins et de plusieurs témoins appelés pour certifier le fait de la tradition; enfin la donation devait être insinuée sous peine de nullité, c'est-à-dire que, soit avant, soit après la tradition, l'écrit constatant la libéralité devait être rendu public et inséré parmi les actes du magistrat compétent. (V. *Constantin. C.* 1, 2 *et* 5; *Constant. et Const. C.* 6; *Honor. et Theod. C.* 8, § 1, C. Th. *de don.*)

489. Ces règles étaient communes à toutes les donations; cependant on comprend sous cette dénomination plusieurs sortes

de libéralités, dont chacune a son caractère particulier. Il importe donc de distinguer d'abord la donation entre vifs et la donation à cause de mort (*text. hic*; *fr.* 67, § 1, *de verb. sign.*). Effectivement, on donne de plusieurs manières : on donne en transférant immédiatement la propriété, et sans aucune intention de reprendre jamais la chose ; telle est la donation proprement dite, ou donation entre vifs, dont il est question dans le § 2. On donne avec intention de transférer la propriété, non pas immédiatement, mais lorsque tel ou tel événement arrivera ; dans ce cas la donation n'existe point encore, elle est suspendue par une condition : enfin on donne en transférant immédiatement la propriété, mais pour la reprendre dans tel ou tel cas particulier ; ici la donation subsiste jusqu'à l'événement de la condition qui doit la résoudre. C'est dans cette dernière classe que rentre le plus ordinairement la donation à cause de mort (493, 494) ; *Julian. fr.* 1, *h. t.*).

§ II.

Dans la donation entre vifs ou donation proprement dite, le donateur, ainsi que nous venons de le voir, se dépouille immédiatement sans aucune intention de reprendre jamais la chose (1). Il en résulte qu'une fois faite, cette donation ne peut plus être révoquée, du moins par la seule volonté du donateur (*temere*). Nous avons donc à examiner ici comment elle se forme, et quelles sont les causes de révocation qui pourraient accidentellement survenir.

490. Justinien supprime la nécessité d'un acte écrit. Le simple consentement suffira pour parfaire la donation, comme il suffisait pour parfaire une vente (*ad exemplum venditionis*); en ce sens que le donateur ne pourra pas se soustraire à l'effet d'une promesse désormais obligatoire, et d'après laquelle on pourra exiger la tradition (*in se habere necessitatem traditionis*). Auparavant on ne le pouvait pas, car la convention ne devenant obligatoire que par les formes de la stipulation, la simple promesse restait sans aucun effet tant qu'elle n'avait pas été réalisée par une tradition volontaire, tradition dont Justinien la rend indépendante (2). Ainsi, quand même l'exécution n'aurait pas accompagné ou suivi la convention (*etiamsi non tradantur*), celle-ci n'en aura pas moins tout l'effet dont elle est susceptible (*plenissimum et perfectum robur*). Elle ne transmettra pas la propriété, mais elle mettra le donateur dans la nécessité de la transférer par une tradition forcée (*traditionis necessitas incumbat donatori*). En un mot, il en sera de la convention de donner comme de la vente (*ad exemplum venditionis*) : l'une et l'autre seront obligatoires par le simple consentement, sans qu'il soit nécessaire d'y joindre les solennités de la stipulation; mais la propriété ne sera toujours transférée, dans l'un et l'autre cas, que par la tradition. Pour éviter à cet égard toute confusion, il importe d'observer que le mot donation peut être pris dans un double sens : à proprement parler, la donation désigne une libéralité, une aliénation consommée par toutes les conditions requises pour transférer la propriété ; dans ce sens, la donation est, comme on l'a dit plus haut, *genus adquisitionis* (*pr.*, *h. t.*). Ici, au contraire, le même mot désigne la libéralité promise ou convenue ; dans ce sens la donation ne transfère pas la propriété, mais elle oblige à transférer. (V. § 40, *de div. rer.*)

491. L'insinuation requise avant Justinien (488) ne l'avait été que pour les donations excédant une valeur dont ce prince élève le taux (*text. hic*; V. *C.* 34, *C.* 36, § 3, *h. t.*), en dispensant même de toute insinuation certaines donations, par exemple celles qui auraient pour but le rachat des captifs ou la reconstruction de bâtimens incendiés, et celles qui seraient faites à l'empereur ou par l'empereur (*C.* 34 *et* 36, *h. t.*; *nov.* 52, *cap.* 2). Enfin le défaut d'insinuation ne vicie pas intégralement la donation qui aurait dû être insinuée ; elle reste valable jusqu'à concurrence de la valeur qu'on peut donner sans insinuation (*C.* 34, *h. t.*; V. *nov.* 162, *cap.* 1, § *ult.*). Cette disposition de Justinien est considé-

(1) Sous ce rapport, la donation proprement dite diffère essentiellement du legs par lequel on ne dispose jamais que pour le temps où l'on n'existera plus, et que l'on peut toujours révoquer. (V. *pr.* et § 1, *de adempt. legat.*)

(2) *Text. hic*; *C.* 35, § 5, *h. t.* Elle l'était déjà relativement aux donations faites entre ascendans et descendans. Justinien ne fait ici que transformer en règle générale une exception introduite par Antonin-le-Pieux, et confirmée par Constantin. (*C.* 4 et 5, *C. Th.*, *h. t.*)

rée comme une de celles qu'il dit avoir prises *ad uberiorem donationum exitum* (*text. hic*; V. *Vinnius*).

492. La donation entre vifs devient révocable pour cause d'ingratitude (1), c'est-à-dire lorsque les donataires se rendent coupables d'injures graves et de mauvais traitemens envers le donateur, lorsqu'ils causent un préjudice considérable à sa fortune, et lorsqu'ils n'exécutent pas leurs engagemens. Toutefois la révocation n'aurait pas lieu à l'égard des objets aliénés par le donataire avant la contestation; l'action du donateur contre les donataires ingrats est tellement personnelle entre eux, qu'à moins d'avoir été intentée de leur vivant, elle ne pourrait pas, après le décès de l'un ou de l'autre, être exercée par les héritiers, ni contre eux (*Constant. C. 7, de revoc. don.*); et cela d'après un principe sur lequel nous aurons occasion de revenir en expliquant le titre *de injuriis*. (V. § 1, *de perpet. et temp.*)

D'après une constitution de Constantin (*C. 8 de revoc. don.*), la survenance d'enfant révoque la donation par laquelle un patron sans postérité aurait conféré à son affranchi tous ses biens ou une quote-part de ses biens. Cette révocation, qui ne profite point aux enfans, dépouille le donataire pour rendre au donateur la pleine et libre disposition des objets donnés; c'est une exception introduite pour un cas particulier et nécessairement trèsrare. *Voyez* Vinnius (*hic, n° 7; select. quest., lib. 2, cap. 32.*)

§ I.

493. La donation proprement dite reçoit immédiatement toute la perfection dont elle est susceptible, sans attendre la mort d'aucune personne; aussi l'appelle-t-on donation entre vifs, par opposition à une espèce de donation qui ne devient irrévocable qu'à la mort (*Ulp. fr. 32, de mort. caus. don.*) : de là vient qu'on l'appelle donation à cause de mort, parce qu'elle est subordonnée à l'événement de la mort comme à une condition essentielle. (V. *Paul.* 3 *sent.* 7, § 2; *Julian. fr.* 1, *de don.*)

Cette mort est ordinairement celle du donateur, qui se réserve toute sa vie la faculté de révoquer. Aussi, dit-on que, dans cette donation, le donateur a la préférence sur le donataire, et le donataire sur l'héritier (*text. hic, in fin.; Marcian. fr.* 1, § *de mort. caus. don.; Paul. fr.* 35, § 2, *eod.*). Cependant, comme tout dépend de l'intention des parties, on pourrait prendre pour cause la mort d'une tierce personne, dont le décès parferait la donation (*Ulp. fr.* 11 *et* 18, *eod.; Diocl. et Max. C.* 3, *de donat. mort. caus.*); du reste la mort soit d'un tiers, soit du donateur lui-même, ne forme pas toujours une condition homogène. Effectivement on peut avoir en vue cette mort générale, à laquelle tout homme est sujet, ou bien un genre de mort particulier. (*Ulp. Paul. et Caïus*, *fr.* 2, 3, 4, 5 *et* 6; *fr.* 31, § 2; *fr.* 35, § 4, *de mort. caus. don.*) Enfin, la mort, considérée comme cause de la donation, peut l'être de deux manières, selon qu'elle doit ou réaliser une donation jusque-là restée en suspens, ou exclure la résolution possible d'une donation existante. Dans le premier cas, la mort transfère au donataire la propriété dont il n'était pas encore investi; dans le second, elle rend irrévocable la propriété qui a été transférée dès l'origine. (V. *Ulp. fr.* 2, *eod.*)

494. Les donations à cause de mort les plus fréquentes se font dans la vue d'un péril particulier, et en transférant immédiatement une propriété que le donataire doit conserver si le donateur succombe, ou restituer dans le cas contraire. Telles sont les donations dont parle notre texte, et entre autres celle de Télémaque à Pirée. D'après sa nature même, semblable donation doit se résoudre, et le donateur doit reprendre la chose donnée, par cela seul qu'il échappe au danger (*si supervixisset*). Il en serait de même si le donataire (*prior decesserit*) mourait avant le donateur; car son décès le frapperait d'une incapacité absolue; et dans les donations à cause de mort, c'est au temps de la mort qu'il faut examiner si le donataire et le donateur sont capables, l'un de recevoir, l'autre de donner. (*Ulp. fr.* 7; V. *Afric. fr.* 22, *de*

(1) *C.* 10, *de revoc. don.* Avant Justinien on révoquait déjà pour ingratitude; mais les exemples que nous avons se présentent tous dans des cas particuliers, c'est-à-dire pour les donations d'un patron à son affranchi (*Philip. C.* 1, *eod.*), d'un père à ses enfans. (*Constant. et Const. C.* 2, *C. Th. eod.*) La mère n'avait le droit de révoquer que lorsqu'elle s'abstenait des secondes noces (*Constant. et Const. C.* 7, *eod.; C.* 5, *C. Th. eod.*); et dans ce cas même la révocation ne lui fut primitivement accordée que pour moitié. (*Constant. et Const. C.* 1, *C. Th. eod.*)

mort. caus. don.) On ajoute que le donateur peut changer de volonté, et dans ce cas (*si eum donationis pœnituisset*) reprendre la chose. Cette faculté n'est qu'une conséquence de l'imperfection de la donation pendant la vie du donateur : cependant tout dépend de la volonté que ce dernier aurait manifestée en donnant, car il a pu limiter à son gré les causes de révocation ; et tant qu'il en reste une seule, la donation est toujours à cause de mort. Il faudrait avoir donné d'une manière absolument irrévocable, pour que la donation dite à cause de mort perdît ce caractère et prît celui d'une libéralité entre vifs. (*Julian. fr.* 13, § 1 ; *Paul. fr.* 35, § 4 ; *Marcian. fr.* 27, *eod.*)

495. Plus la donation entre vifs et la donation à cause de mort diffèrent quant aux effets, plus il importe de distinguer quel a été le véritable but du donateur. En général on est censé donner à cause de mort ce que l'on donne *propter mortis suspicionem* (*text. hic*) ; et entre vifs ce que l'on donne *sine ulla mortis cogitatione* (§ 2, *h. t.*). Du reste cette indication, qui tend à faire présumer la volonté du donateur, ne doit jamais servir à combattre une volonté certaine ; car, ainsi que nous venons de le voir, c'est l'imperfection de la libéralité et sa révocabilité qui caractérisent la donation à cause de mort ; et lorsqu'on donne pour ne jamais reprendre, la donation, quoique qualifiée à cause de mort, quoique faite *in extremis vitæ*, forme réellement une donation entre vifs. Dans ce cas la mort détermine à donner, mais elle ne fait pas la donation, *causa donandi magis est, quam mortis causa donatio*. (*Marcian. fr.* 27, *de mort. caus. don.* ; *Pap. fr.* 42, § 1, *eod.*)

496. La donation entre vifs n'a rien de commun avec le legs (§ 2, *h. t.*) ; mais la donation à cause de mort s'en rapproche beaucoup par l'imperfection où elle reste pendant toute la vie du donateur : aussi les anciens jurisconsultes appliquaient-ils aux donations à cause de mort les mêmes règles qu'aux legs. (*Ulp. fr.* 37, *de mort. caus. don.*) En conséquence ils appréciaient la capacité du donataire d'après les mêmes principes que celle d'un légataire (*Paul. fr.* 9 *et* 35, *eod.*) ; et comme les legs ne se prennent que sur l'actif du défunt, déduction faite du passif ou des dettes, pareillement le donataire ne pouvait obtenir ou conserver la donation à cause de mort, lorsque le donateur mourait insolvable. (*Julian. fr.* 17, *eod.* ; *Ulp. fr.* 66, § 1, *ad leg. falcid.*) L'empereur Sévère, par une constitution expresse, avait étendu à ces donations les dispositions de la loi Falcidie (*Gordian. fr.* 2, *de don. caus. mort.*) que nous expliquerons dans un titre spécial (*liv.* 2, *tit.* 22) ; enfin, lorsque la propriété n'avait pas été transférée par le donateur de son vivant, sa mort la faisait passer au donataire, même sans tradition. (*Paul. fr.* 2, *de public. in rem act.* ; V. *Cujas*, 10 *observ.* 28)

497. L'assimilation de la donation à cause de mort avec les legs n'empêche pas qu'il n'existe entre eux d'importantes différences. Ainsi, dans la donation il arrive souvent de transférer immédiatement la propriété ; et, pour donner à cause de mort, il n'est pas nécessaire que l'on ait fait, ni même que l'on ait été capable de faire un testament. (*Marcian. fr.* 25, *pr. et* § 1, *de mort. caus. don.*) Le legs au contraire doit être fait par un testateur, pendant la vie duquel il ne peut jamais produire aucun effet. *Pr.*, *de legat.* ; § 10, *de fideic. hered.*) L'assimilation n'a donc pas lieu *per omnia*, comme le suppose d'abord notre texte ; mais plutôt *per omnia fere*, comme le dit ensuite Justinien. Effectivement, outre les différences déjà signalées, il importe de remarquer celle qui tient à la forme : le legs résulte de la volonté d'une seule personne ; la donation au contraire n'existe que par le mutuel consentement du donateur et du donataire, et avant Justinien il fallait observer pour donner à cause de mort les mêmes solennités que pour donner entre vifs. (*Constant. C.* 1, *C. Th. de don.*) C'est de là sans doute que naissaient les discussions que Justinien a voulu trancher en établissant, pour la donation à cause de mort, des formes particulières : il a déclaré qu'elle pourrait être faite sans insinuation, soit par écrit, soit verbalement, mais en présence de cinq témoins. (*C.* 4, *de don. caus. mort.*)

§ II.

498. Justinien nous annonce une espèce de donation particulière inconnue des anciens jurisconsultes, et introduite *a junioribus principibus*, c'est-à-dire par les empereurs de Constantinople.

C'est une espèce de donation entre vifs que le mari fait à son épouse, mais toutefois avant d'être réellement époux; car cette espèce de donation ne pouvant jamais avoir lieu postérieurement aux noces, les précède toujours : cependant elle ne produit son effet qu'après le mariage contracté, en sorte qu'elle dépend de la célébration des noces, comme d'une condition tacite.

Cette donation se nommait anténuptiale (*ante nuptias*). Justin, oncle maternel et père adoptif de Justinien, voulut que, même pendant le mariage, et dans le cas où l'on augmenterait la dot, on pût aussi augmenter la donation anténuptiale (*text. hic; C.* 19, *de donat. ant. nupt.*). Justinien va plus loin; et, comme la dot peut être non-seulement augmentée, mais même constituée intégralement pendant le mariage, il veut pareillement que la donation dite anténuptiale se fasse soit avant, soit après la célébration des noces. Cette innovation nécessite un changement de nom, et désormais la donation que l'on appelait *ante nuptias* s'appellera, dit Justinien, *propter nuptias*.

Voilà ce que nous apprend le texte; mais l'analogie qu'il établit entre la dot et la donation *propter nuptias* nécessite quelques explications.

499. La dot consiste dans une certaine quantité de biens que la femme, ou toute autre en son nom, transfère au mari pour l'aider à supporter les charges du ménage. Le mari devient propriétaire de la dot (*pr., quib. alien.*), mais pour la restituer ensuite de la manière et dans les cas prévus par la loi ou par la convention des parties. (V. *Ulp.* 6 *reg.* 4 *et seq.*) On convient ordinairement que si la femme prédécède, le mari gardera tout ou partie de la dot. (V. *Paul. et Flor. fr.* 12 *et* 24, *de pact. dot.*) De son côté, le mari attribue à la femme une portion de biens qui forme pour elle la garantie, et pour ainsi dire la compensation de sa dot. Tel est le but de la donation dite *ante nuptias* ou *propter nuptias*, qui confère à la femme des droits semblables à ceux que la dot confère au mari. L'une et l'autre se restituent à la dissolution du mariage; et dans le cas où l'on accorde au mari quelque gain de survie à retenir sur la dot, la femme survivante doit aussi avoir sur la donation nuptiale un avantage proportionnel. Ainsi, lorsqu'on donnait au mari survivant le tiers ou le quart de la dot, il fallait stipuler au profit de la femme survivante le tiers ou le quart de la donation, et réciproquement, quelque différence qui existât d'ailleurs entre la valeur de la dot et celle de la donation. (*Leo et Anth. C.* 9, *de pact. conv.*) A l'égard des gains de survie, les conventions respectives n'étaient donc assujetties qu'à une égalité relative : Justinien l'a rendue absolue, en exigeant que les époux stipulent, l'un sur la dot, l'autre sur la donation, non pas une portion, mais une valeur égale (*nov.* 97, *cap.* 1).

500. La donation *ante nuptias* n'est pas la seule qui se faisait avant les noces, à l'occasion et sous la condition tacite d'un futur mariage. Constantin avait soumis à cette condition les donations entre fiancés, que l'on nomme *sponsalitia*. Avant lui elles étaient, comme toute autre donation entre vifs, c'est-à-dire irrévocables, même dans le cas où le mariage ne se réalisait pas; mais Constantin veut que dans ce cas la donation soit maintenue ou révoquée, soit pour le tout, soit pour partie, d'après plusieurs distinctions sur les causes qui auraient rompu le mariage projeté. (V. *C.* 15, *de donat. ante nupt.*)

§ IV.

501. Ici se présente une ancienne manière d'acquérir qui tire son origine du droit civil, et dont le résultat peut être considéré comme celui d'une donation indirecte.

Un homme ne peut pas vivre en partie esclave, en partie libre. Si donc un esclave appartenant à plusieurs maîtres est affranchi par l'un d'eux seulement, il faut qu'il devienne tout-à-fait libre ou qu'il reste tout-à-fait esclave. Dans la première hypothèse, l'un des maîtres disposerait seul de la propriété commune, et par conséquent du droit d'autrui, en privant les autres copropriétaires de leur part. Chez les anciens, le droit de propriété l'emportait sur la faveur de la liberté, et l'affranchi restait esclave; mais esclave de qui? Pour le décider ou examinait quelle espèce de liberté aurait acquise l'esclave, en supposant qu'il n'eût pas d'autre maître que l'affranchissant; effectivement il aurait pu devenir ou Latin junien ou citoyen Romain. Dans le pre-

mier cas, la manumission n'avait aucun effet, et l'affranchi restait non-seulement esclave, mais esclave des mêmes maîtres; dans le second cas, la manumission, sans profiter à l'affranchi, dissolvait la puissance de l'affranchissant, dont la part, ne pouvant rester vacante, se réunissait à celle des autres maîtres. (*Ulp.* 1, *reg.* 18; *Paul.* 4, *sent.* 12, § 1.) C'est dans cette augmentation de propriété que consistait pour eux le *jus accrescendi* dont nous verrons plusieurs autres effets. (V. § 8, *de legat.*)

502. Sous Justinien la faveur de la liberté l'emporte sur le droit de propriété; et l'empereur croit suffisamment respecter ce droit, en obligeant l'affranchissant à indemniser son copropriétaire d'après un tarif déterminé par l'empereur lui-même. (V. *C.* 1, § 5, *de commun. serv. man.*)

Nous avons eu précédemment l'exemple d'un maître obligé de vendre malgré lui ses esclaves (§ 2, *de his qui sui vel al. jur.*). C'est une exception fondée sur des motifs d'humanité et sur des considérations d'intérêt public. Justinien nous donne ici un nouvel exemple, et le motive uniquement sur la faveur que méritent les affranchissemens.

TITRE VIII.

DE CEUX QUI PEUVENT OU NE PEUVENT PAS ALIÉNER.

503. La tradition et presque toutes les autres manières d'acquérir ne nous rendent propriétaires que par translation, c'est-à-dire en dépouillant l'un de ce qu'elles confèrent à l'autre. Elles opèrent donc à la fois acquisition et aliénation : aussi la tradition ne devient-elle une manière d'acquérir que lorsqu'elle procède d'une personne capable d'aliéner; et nous avons déjà vu (394) qu'en général c'est au propriétaire et au propriétaire seul qu'appartient le pouvoir d'aliéner.

PR.

Cette règle est susceptible d'exception dans les deux sens. Et d'abord certains propriétaires sont incapables d'aliéner; nous avons ici pour premier exemple la défense faite au mari d'aliéner le fonds dotal.

504. Justinien établit d'abord les droits du mari sur les biens dotaux. Ils sont à lui par cela même qu'il les a reçus en dot (*dotis causa ei datum; text. hic*; V. § 40, *de div. rer.*); et conséquemment le mari devenu propriétaire pourrait les aliéner, si la loi Julia (1) n'avait pas restreint cette faculté. La défense d'aliéner ne s'appliquait pas à tous les biens dotaux, mais uniquement aux immeubles; et même, suivant Justinien, aux seuls immeubles d'Italie. Cependant cette distinction n'était pas textuellement établie par le législateur, puisque Caïus (2 *inst.* 63) nous la présente comme un point douteux.

505. On n'aliène pas ce qu'on hypothèque (§ 1, *h. t.*); néanmoins, comme à défaut de paiement l'hypothèque ou le gage autorise le créancier à aliéner lui-même la chose engagée, la loi Julia avait également défendu d'hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme (*text. hic*; *Caius, fr.* 4, *de fund. dot.*; *Justin. C.* 1, § 16, *de rei uxor. act.*). Ainsi l'on aurait prohibé l'hypothèque plus sévèrement qu'une aliénation proprement dite, sans doute parce que l'on craignait que les femmes ne consentissent plus facilement l'une que l'autre. C'est ainsi que le sénatusconsulte Velléien, en leur laissant la liberté de donner, leur défendait de s'obliger pour autrui. (*Ulp. fr.* 4, § 1, *ad sc. vell.*) C'est ainsi pareillement que la loi Fusia Caninia permettait entre vifs les affranchissemens qu'elle prohibait par testament (95).

Justinien supprime, comme précédemment (459), toute différence entre l'Italie et les provinces; il assimile aussi l'hypothèque et l'aliénation. L'une et l'autre sont également interdites, malgré le consentement de la femme, et quelle que soit la situation de l'immeuble (*text. hic*; *C.* 1, § 15, *de rei uxor.*).

Il importe d'observer que les prohibitions précédentes ont pour but unique d'assurer la restitution du fonds dotal. Aussi l'aliénation ne serait nulle qu'à l'égard de la femme et dans le cas seulement où, après la dissolution du mariage, il faudrait rendre, soit à elle, soit à ses héritiers, l'immeuble même (*Ulp. fr.* 3, § 1; *fr.* 13, § 3; *Marcian. fr.* 17, *de fund. dot.*); car les

(1) C'est la loi Julia DE ADULTERIIS (*Paul.* 2, *sent.* 21, § 2), la même dont il est question dans le § 4, *de publ. jud.*

reprises de la femme peuvent consister ou dans la propriété des biens dotaux, ou dans la créance d'une somme dont le mari devient débiteur, et qui forme en quelque sorte le prix de la dot. En effet, les immeubles constitués en dot le sont ordinairement avec estimation de leur valeur; et alors le choix entre la restitution de l'immeuble et celle de la valeur estimative appartient, suivant les conventions, au mari ou à la femme : l'aliénation, permise dans le premier cas, serait interdite dans le second. (V. *African. fr.* 11, *de fund. dot.*; *Sever. et Anton. C.* 1, *eod.*)

§ II.

506. Parmi les propriétaires incapables d'aliéner se trouvent aussi les pupilles. Nous avons vu plus haut dans quel cas et de quelle manière ils peuvent contracter. (*Pr., de auct. tut.*; V. § 9 *et* 10, *de inutil. stipul.*) On examine ici comment ils disposent de leurs biens.

Le pupille est incapable de rien aliéner sans l'autorisation de son tuteur (*text. hic*; *Caius*, 2 *inst.* 80, 84). Justinien développe ce principe relativement à trois objets différens, qui sont, 1° le prêt fait par le pupille, 2° les paiemens qu'il reçoit, 3° les paiemens qu'il fait.

507. Le prêt ou MUTUUM, dont il s'agit ici, n'existe qu'au moment où les choses qui en forment l'objet deviennent la propriété de l'emprunteur (*pr., quib. mod. re contr.*); jusque-là celui qui les reçoit ne contracte aucune obligation. Sans doute il doit restituer la chose reçue, mais seulement comme tout autre detenteur de la chose d'autrui, c'est-à-dire qu'il doit la remettre en nature au propriétaire qui la revendique, et dès qu'il la revendique. Lorsqu'au contraire le MUTUUM existe, c'est-à-dire lorsque la propriété des choses prêtées a été transférée à l'emprunteur, celui-ci se trouve lié ou obligé; et son obligation l'astreint à rendre dans un temps déterminé, non pas précisément les choses par lui reçues, mais une égale quantité de choses semblables; à cet égard il en est de l'emprunteur comme des personues à qui l'on aurait légué l'usufruit des choses qui se consomment par le premier usage (444, 445). Dans l'un et l'autre cas, on s'oblige en acquérant, et l'obligation consiste à remplacer les choses acquises par d'autres objets de même nature (*pr., quib. mod. re contr.*).

Nul ne contracte cette obligation en recevant d'un pupille une somme d'argent, que celui-ci ne peut aliéner sans l'autorisation de son tuteur (*text. hic*; V. *Paul. fr.* 2, § 2, *de reb. cred.*). Faute d'autorisation, le pupille reste toujours propriétaire des écus par lui livrés; et la revendication est la seule action qu'il puisse exercer tant qu'existera la somme prêtée et partout où elle existera (*sicubi extant*).

508. Lorsqu'elle est consommée, le pupille ne peut plus la revendiquer (368); mais ici comme dans le cas des broderies dont on a parlé plus haut (§ 26, *de div. rer.*), la chose éteinte ou consommée devient l'objet d'une condiction accordée au pupille contre celui auquel il avait remis la somme. Alors, en effet, la consommation fait naître une obligation entre eux, précisément parce que la chose du premier a cessé de lui appartenir, et est venue par son fait enrichir le second. (*Julian. fr.* 19, § 1, *de reb. cred.*; *Pompon. fr.* 12, *eod.*)

Notre texte donne cette condiction pour le cas où la somme aurait été consommée de bonne foi. Dans le cas contraire, la mauvaise foi du consommateur ne doit pas changer la position du pupille : aussi agira-t-il *ad exhibendum* (*text. hic*; *Ulp. fr.* 11, § 2, *de reb. cred.*), comme si la chose existait encore entre les mains de celui qui l'a reçue, et comme si l'on devait ensuite revendiquer la somme exhibée (1). Toutefois l'action *ad exhibendum* suffira; car le défendeur, dans l'impossibilité d'exhiber où le place son propre dol, sera condamné à indemniser le pupille du tort que lui cause le défaut d'exhibition (§ 3, *de offic. jud.*), sans que ce dernier revendique ce qu'on ne lui représente pas. Le montant de cette condamnation, le tort que le défaut d'exhibition cause au demandeur, s'évalue alors sur le serment qu'il prête. (V. *Ulp. fr.* 5; *Callistr. fr.* 10, *de in lit, jur.*)

(1) Lorsqu'on veut revendiquer un objet mobilier, on est intéressé à l'examiner pour le bien distinguer de tout autre, et s'assurer de l'identité. On peut donc exiger préalablement que l'objet soit représenté (V. *Paul. fr.* 2; *Ulp. fr.* 3, § 7, *ad exhib.*); et à cette fin on agit *ad exhibendum*, pour intenter ensuite avec plus de sûreté une autre action, par exemple, une action anxale, mais principalement une action réelle, et surtout la revendication. (*Ulp. d. fr.* 3, § 3 *et seq.*, *eod.*)

509. L'impubère, qui ne peut rien aliéner, peut tout acquérir sans autorisation; et conséquemment, ajoute notre texte, les débiteurs ne se libéraient pas en payant au pupille sans l'autorisation du tuteur (*text. hic*). Cette conséquence ne semble pas d'abord résulter du principe qui la précède; mais ce principe doit lui-même s'entendre ici dans le sens des règles antérieurement expliquées; car avant de déclarer l'autorisation inutile pour acquérir, on l'a déclarée nécessaire pour aliéner : si donc le pupille acquiert sans autorisation, c'est uniquement lorsqu'il acquiert sans aliéner. Or, un paiement reçu n'est pas une acquisition pure et simple : le créancier qui le reçoit dissout en même temps l'obligation qui liait le débiteur; il aliène sa créance. L'autorisation du tuteur est donc indispensable, sinon pour acquérir au pupille les deniers qu'il reçoit, du moins pour dissoudre l'obligation et libérer le débiteur qui n'entend pas donner son argent en pur don. (V. *Caius*, 2 *inst.* 84.)

510. Le paiement fait au pupille non autorisé ne libère point celui qui paie (*temere*) sans précaution; ainsi, l'obligation continuant à subsister, le pupille créancier a toujours la même action contre son débiteur. Ce dernier sera donc condamné à payer de nouveau la somme qu'il avait remise au pupille, et que celui-ci aurait perdue, soit par d'inutiles dépenses, soit en se la laissant voler ou enlever par force; mais il peut arriver aussi que le pupille ait conservé tout ou partie de la somme (*salvam habeat*), ou que par un utile emploi des fonds elle ait tourné à son profit (*ex ea locupletior sit*). Dans ce cas, l'action qu'il exercerait comme créancier aurait évidemment pour résultat de l'enrichir aux dépens d'autrui; et dans ce cas aussi l'exception de dol, dont nous avons parlé ci-dessus (378), pourrait être opposée par le débiteur (*text. hic; Caius*, 2 *inst.* 84), non pour la totalité des sommes déjà touchées par le pupille, mais seulement jusqu'à concurrence des valeurs dont celui-ci a profité, et dont il se trouve plus riche à l'époque où il exerce son action. (*Marcian. fr.* 47, *de solut.*)

511. Pour n'avoir pas cette chance à courir, pour se libérer et pour éteindre l'obligation par le paiement même, le débiteur qui paie au pupille devra donc exiger l'autorisation du tuteur. Toutefois cette précaution paraîtrait encore insuffisante, puisque, d'après Justinien (*text. hic; C.* 25, *de admin. tut.*), le paiement fait au tuteur lui-même ne donnera pleine sécurité que lorsqu'il sera fait avec la permission du juge. Il est constant que le paiement fait au tuteur ou avec son autorisation, éteint l'obligation et libère le débiteur, et dans ce cas le pupille n'a plus d'action que contre son tuteur (*Paul. fr.* 46, § 5, *de admin. et peric. tut.*); mais si l'insolvabilité de ce dernier rendait cette action illusoire, le préteur accorderait au pupille le secours qu'il prête à tous les mineurs de vingt-cinq ans, lorsqu'ils éprouvent un préjudice quelconque; c'est-à-dire qu'il le rétablirait dans les droits qu'il avait précédemment (V. § 5, *de hered. qual.*; § 33, *de action.*; *Ulp. fr.* 49, *de minor.*; *Anton. C.* 2, *si tut. vel cur. interv.*); et alors, malgré l'autorisation du tuteur, l'obligation éteinte par le paiement renaîtrait (*Diocl. et Max. C.* 1, *si advers. solut.*), à moins cependant que le débiteur ne paie avec la permission du juge. Dans ce cas la constitution de Justinien lui promet une entière sécurité. Ainsi l'autorisation du tuteur et la permission du juge sont nécessaires, l'une pour éteindre l'obligation, et l'autre pour l'empêcher de renaître. (V. *Vinnius*, *hic*.)

Observez que la permission du juge s'obtient sans aucun frais (*sine omni damno*), et n'est pas même requise lorsqu'il s'agit de payer les revenus et autres sommes modiques. (*C.* 25 *et* 27, *de admin. tut.*; V. *Pothier, pand. just. XXVI, VII*, 48.)

512. Pour payer valablement, il faut transférer au créancier, et par conséquent aliéner la propriété de l'objet donné en paiement. (*Paul. fr.* 167, *de reg. jur.*; *fr.* 60, *fr.* 94, § 1, *de solut.*) Ainsi la même raison qui empêche le prêt empêche le paiement que voudrait faire un pupille. A défaut de transmission, l'un n'oblige point l'emprunteur, l'autre ne libère point le débiteur; mais la consommation faite de bonne foi libère le pupille. Ici elle éteint la créance, comme dans un autre cas (508) elle fait naître l'obligation de ceux à qui le pupille aurait livré son argent. (*Julian. fr.* 19, § 1, *de reb. cred.*; *Caius. fr.* 9, § 2, *de auct. tut.*)

§ 1.

513. Le principe que nul ne peut aliéner, si ce n'est le propriétaire, souffre exception à l'égard du créancier qui aliène la chose par lui reçue en gage.

Le texte suppose ici que le débiteur a permis l'aliénation du gage à défaut de paiement. Cette hypothèse n'offrirait point une véritable exception au principe, puisque l'aliénation aurait lieu, comme le dit Justinien lui-même, par la volonté du débiteur; et cette volonté, soit qu'elle intervienne lors de la remise du gage ou postérieurement, suffit pour valider l'aliénation. (V. § 42 et 43, *de div. rer.*; *Ulp. fr.* 4, *de pignerat. act.*)

La permission d'aliéner se trouve tacitement dans la nature du gage. Aucune convention contraire ne pourrait même ôter au créancier le droit de vendre la chose; seulement il ne pourrait le faire qu'après trois avertissemens préalables. (*Ulp. d. fr.* 4, *eod.*) Au reste, le débiteur et le créancier peuvent déterminer entre eux les formes de l'aliénation, et à défaut de convention, Justinien (*C.* 3, *de jur. dom. impetr.*) établit pour la vente des règles particulières.

Les tuteurs et curateurs aliènent quelquefois les biens des personnes dont ils ont la tutelle ou curatelle, mais en général ils ne peuvent aliéner les héritages ruraux qu'avec la permission du magistrat. (V. *Ulp. fr.* 1, *pr.* et § 2, *de reb. eor. qui sub tut.*)

TITRE IX.

PAR QUELLES PERSONNES CHACUN ACQUIERT.

PR.

514. Après avoir parcouru différens modes d'acquisition, nous examinerons ici par quelles personnes chacun peut devenir propriétaire; car on le devient par soi-même, et quelquefois par autrui.

Nous acquérons par nous-mêmes les choses dont la propriété nous est directement transmise, par exemple celles dont nous serions personnellement devenus légataire, donataire, etc.; et au contraire nous acquérons par autrui, lorsque toutes les conditions requises pour transférer la propriété s'accomplissent sur une autre personne qui devient réellement propriétaire, mais dont la propriété est indirectement la nôtre à raison des droits que nous avons sur cette personne. Ainsi la donation que l'on voudrait faire au maître, l'hérédité qui lui serait déférée, ne peuvent être acquises que par lui; mais si la donation était offerte, et si l'hérédité était déférée à un esclave, c'est l'esclave qui devrait accepter, parce que c'est à lui que l'on veut donner et à lui que l'hérédité est déférée. (*Paul. fr.* 10, *de don.*; V. § 1, *de hered. inst.*) Dans ce cas la propriété serait acquise par donation ou par testament à l'esclave et par l'esclave à son maître. (V. § 3, *h. t.*)

Acquérir par autrui, c'est donc profiter de l'acquisition d'un autre; mais, comme un individu sur lequel nous n'aurions aucun droit profiterait seul des acquisitions qu'il ferait, et ne pourrait nous les transmettre que par une nouvelle aliénation, il en résulte qu'en général on ne peut rien acquérir *per extraneam personam* (§ 5, *h. t.*). Aussi notre texte renferme-t-il dans des limites très-étroites le nombre des personnes par qui nous pouvons acquérir la propriété. Ces personnes sont nos fils de famille, nos esclaves, et ceux dont nous avons l'usufruit, enfin les individus libres ou esclaves que nous possédons de bonne foi.

§ 1.

515. Nous avons vu précédemment qu'au père de famille seul appartient le titre de propriétaire (103); et, par suite, tout ce qu'auraient acquis les personnes soumises à la puissance d'une autre, compose, dans la main de cette dernière, le patrimoine ou la propriété du père de famille *qui in domo dominium habet.* (V. *Ulp. fr.* 195, § 2, *de verb. sign.*) Ainsi le père acquérait, par les enfans soumis à sa puissance, tout ce qui aurait appartenu à ces derniers, s'ils avaient été *sui juris*; et cette conséquence des principes constitutifs de la famille civile n'admettait primitivement ni exception ni modification, comme on peut l'apercevoir par les détails de notre texte; les acquisitions d'un fils de famille ne différaient en rien de celles d'un

esclave (*pr., quib. non est permiss.*; V. *Caius, 2 inst.* 87).

516. Dans la suite on se relâcha de cette rigueur à l'égard des fils de famille. Justinien nous annonce qu'une de ses constitutions a généralisé (*generali constitutione emissa*) différentes exceptions par suite desquelles plusieurs espèces de biens acquis aux fils de famille cessent d'être par cela seul acquis au père; *adquisitionem patris effugiebant*, dit Justinien (§ 2, *h. t.*). En conséquence, il distingue parmi les acquisitions celles qui proviendraient *ex re patris*, ou de toute autre source (*ex alia causa*). Les premières continuent d'appartenir au père de famille, conformément aux anciennes règles; mais son droit sur les secondes est borné à l'usufruit (1), en sorte qu'à sa mort, ces biens n'étant point compris dans la masse héréditaire, masse commune et partageable entre tous les enfans du défunt, restent propres à celui des fils de famille qui les a précédemment acquis (*text. hic*; *C.* 6, *pr. et* § 1, *de bon. quæ lib.*; V. *pr., quib. non est perm.*).

En établissant cette règle pour tout ce qui advient aux fils de famille sans provenir du père ou à son occasion, Justinien étend une distinction introduite d'abord par Constantin. (*C.* 1, § 2, *de bon. matern.*) Elle ne concernait primitivement que les biens recueillis par les fils de famille dans l'hérédité de leur mère; mais elle fut successivement appliquée, sous les règnes suivans, aux choses données ou laissées à un fils de famille par un ascendant maternel quelconque (*Arcad. et Honor. C.* 2, *eod.*), par son époux (*Theod. et Valent. C.* 1, *de bon. quæ lib.*), et même par son fiancé ou sa fiancée. (*Leo et Anthem. C.* 5, *eod.*)

517. Dans ces différens cas, l'acquisition des fils de famille ne profite au père que pour l'usufruit; cependant il n'est pas entièrement déchu de toute espérance sur la propriété.

§ II.

Les constitutions précitées la réservent au fils de famille; mais, en cas d'émancipation, le père pouvait retenir le tiers des biens *quæ adquisitionem ejus effugiebant*. Justinien, au lieu du tiers en propriété, lui accorde dans ce même cas moitié en usufruit (*text. hic*; *Constant. C.* 1, C. Th. *de bon. matern.*, *Just. C.* 6, § 3, *de bon. quæ liber.*). Mais que signifie cet usufruit de moitié sur des biens dont le père avait déjà l'usufruit total? Il est certain que la jouissance ainsi accordée à l'émancipateur n'ajouterait rien à celle qu'il aurait déjà comme père de famille, si celle-ci devait continuer après l'émancipation, et si les deux usufruits qui frappent sur les mêmes biens, frappaient en même temps; mais il n'en est pas ainsi. L'usufruit total que le père de famille acquiert en cette qualité cesse avec la puissance paternelle, qu'il aliène volontairement en émancipant le fils de famille. Le nouvel usufruit de moitié commence, au contraire, à l'instant où le précédent finit avec la puissance paternelle. (*Voy.* Perèze, *ad eod. liv.* 6, *tit.* 61, n° 14.)

Indépendamment des acquisitions dont Justinien s'est occupé dans ce titre, les fils de famille avaient encore différentes espèces de biens qui leur appartenaient en propre et dont il sera question plus loin. (V. § 6, *de milit. testam.*; *pr., quib. non est perm.*)

§ III.

518. Un esclave ne peut rien avoir à soi. Tout ce qui lui appartiendrait, s'il était libre, doit nécessairement appartenir au maître dont il est lui-même la propriété. Tout ce que l'esclave acquiert se trouve donc acquis au maître, même à son insu et malgré lui (*ignorantibus et invitis vobis.*)

Cette décision s'applique aux objets dont la propriété est transférée par tradition, et même aux obligations résultant d'une stipulation ou de toute autre cause (*sive quid stipulatur, etc.*); car dès que l'esclave acquiert, il importe peu de savoir comment et à quel titre il aurait acquis. En effet, le principe est général. (*Julian. fr.* 46, *de jur. dot.*; *fr.* 62, *de verb. obl.*; *Caius, fr.* 32, *de adq. rer. dom.*) Cependant, pour éviter les risques auxquels expose l'acquisition d'une hérédité en obligeant à payer toutes les dettes du défunt, on a voulu que l'esclave institué par un étranger ne pût devenir héritier qu'avec l'ordre de son maître. Celui-ci en effet aurait tout à risquer,

(1) Il existe plusieurs cas où le père de famille n'a pas même l'usufruit. *Voyez* à cet égard les constitutions de Justinien. (*C. ult., de bon. quæ lib., nov.* 117, *cap.* 1, *nov.* 118, *cap.* 2.)

puisque par son esclave il devient héritier comme s'il avait été personnellement institué (*text. hic* ; § 1, *de hered. instit.*).

519. Le legs ne nous expose pas aux mêmes dangers que l'hérédité. Le légataire ne représente pas la personne du défunt, et dès lors ne paie pas les dettes dont l'héritier seul est chargé (§ 11, *de test. ordin.*, V. *Julian. fr.* 32, *mandat.*). Ainsi, dans le cas d'un legs fait à l'esclave, le maître doit acquérir à son insu et malgré lui, d'après la règle générale, quoique les expressions de notre texte (*et convenienter*) qui semblent assimiler ici le legs et l'hérédité; en effet ce n'est pas à l'exception qui vient d'être établie pour l'hérédité que se réfèrent les mots *et convenienter* : c'est à la règle générale, posée au commencement du paragraphe, pour toutes les acquisitions de l'esclave. (*Vinnius, hic.*)

520. La propriété n'est pas le seul droit que nous acquerrions par les personnes soumises à notre puissance. Nous verrons plus loin (*liv.* 3, *tit.* 17 *et* 28) à qui peuvent appartenir les créances d'un fils de famille ou d'un esclave; ici Caïus et Justinien, en s'occupant de la propriété, ont cru devoir s'occuper aussi de la possession.

Ce qu'on a dit de l'une s'applique à la seconde, en ce sens que tout ce dont nos esclaves auront acquis la possession sera censé possédé par nous, avec tous les avantages que la possession est susceptible de produire, et notamment ceux qui résultent de l'usucapion et de la prescription. L'une et l'autre conféreront au maître la propriété qu'elles auraient conférée à l'esclave possesseur, s'il avait été libre (*text. hic; Caius*, 2 *inst.* 89 (*fr.* 10, § 2, *de adq. rer. dom.*). Cependant la possession que le maître acquiert par ses esclaves ne lui arrive pas aussi directement que la propriété. La propriété est un droit dont la loi peut investir un individu à son insu et malgré lui; la possession, au contraire, consiste dans un double fait, l'un corporel, l'autre intentionnel. Relativement au premier, nous pouvons détenir *corpore nostro vel alieno*; mais l'intention est essentiellement personnelle : pour posséder *animo*, il faut que ce soit *animo nostro*. (*Paul.* 5 *sent.* 2, § 1 *et* 2.) Conséquemment, si le maître possède par ses esclaves, ce n'est jamais que lorsqu'il joint sa propre volonté à la détention corporelle de ceux-ci. (V. *Papin., fr.* 44, § 1, *de adq. vel amitt. poss.*) Toutefois les esclaves ont souvent une certaine quantité de biens dont le maître leur confie l'administration, et dont ils tiennent un compte séparé : c'est leur pécule (*Ulp. fr.* 5, § 3 *et* 4, *de pecul.*; V. § 10, *de act.*); et comme on n'a point voulu que le maître fût obligé d'entrer à chaque instant dans les détails de cette administration, on a décidé qu'il possède, même à son insu, tout ce que l'esclave posséderait comme faisant partie de son pécule. En effet, celui-ci est réputé posséder par la volonté du maître tout ce qu'il possède à l'occasion du pécule que le maître lui accorde. (V. *Papin. fr.* 44, § 1; *Paul. fr.* 1, § 5, *de adq. vel omitt. poss.*)

521. Ce que nous avons dit des esclaves, pour l'hérédité qui leur serait déférée, et même pour toutes les acquisitions qu'ils feraient, de quelque manière et à quelque titre que ce soit, se disait autrefois de toute personne *alieni juris*. Ainsi les choses acquises par un fils de famille étaient acquises au père à son insu et malgré lui, car son consentement, comme celui du maître, n'était nécessaire que pour l'acquisition d'une hérédité (*pr., de sc. orphit.*; § 2, *de sc. tertyl.*; *Caius*, 2 *inst.* 87; *fr.* 10, § 1 *et* 2, *de adq. rer. dom.*); mais lorsque les constitutions de Constantin, de ses successeurs, et surtout de Justinien, eurent attribué au père et au fils de famille des droits distincts, lorsque les mêmes acquisitions durent profiter à l'un pour l'usufruit, à l'autre pour la nue propriété, alors on voulut que les acquisitions du fils de famille se fissent toutes avec le commun consentement du père qui doit avoir l'usufruit, et du fils à qui doit rester la nue propriété. Dans le cas contraire, si l'un refuse son consentement, il devient totalement étranger aux charges et aux bénéfices de l'acquisition dont l'autre profite seul à ses risques et périls particuliers. Justinien (*C.* 8, *de bon. quæ liber.*) l'a ainsi décidé.

§ IV.

522. Lorsque la propriété d'un esclave appartient à une personne, l'usufruit à une autre, les acquisitions de l'esclave se divisent entre l'usufruitier et le propriétaire comme les attributs de la propriété même. L'usufruit donne l'usage et les fruits : l'usage d'un esclave consiste à employer son travail ou son industrie sur nos propres

biens ou dans nos propres affaires; aussi l'esclave acquiert pour l'usufruitier tout ce qu'il acquiert *ex re fructuarii*, c'est-à-dire tous les bénéfices qu'il pourrait faire sur les biens dont l'usufruitier lui aurait confié l'administration. (*Paul. fr.* 31, *de usufr.*) Les fruits d'un esclave consistent dans les profits que l'on en peut tirer en le louant aux autres pour le genre de travail auquel il est destiné : ainsi tout ce que l'esclave acquiert par son industrie (*ex operis suis*) ou par la chose de l'usufruitier appartient à ce dernier. Hors ces deux cas, tout appartient au maître de la nue propriété (*text. hic; Papin. fr.* 49, *de adq. rer. dom.*) : c'est donc au maître que profitent les legs ou les donations faites à l'esclave, et l'hérédité qui lui serait déférée. En effet, l'ouvrage et la destination des esclaves n'étant pas d'acquérir des successions, l'usufruitier n'a rien à prétendre sur l'hérédité qui leur serait déférée, à moins cependant qu'ils n'aient été institués en considération de l'usufruitier, qui, dans ce cas seulement, profiterait de l'hérédité acquise à son occasion et pour ainsi dire *ex re ejus*. (*Julian. fr.* 45, *pr.*, § 2 et 3, *de adq. vel. omitt. her.*)

Le simple usager, qui a tout l'usage sans avoir aucun fruit, profite aussi de certaines acquisitions : savoir, de celles qui proviendraient de sa chose ou à son occasion, sans aucune espèce de droit sur les acquisitions que l'esclave ferait par son travail ou par son industrie. (*Ulp.*, *Pompon.*, *Marcel.*, *fr.* 14; *fr.* 16, § 2; *fr.* 20, *de us. et hab.*)

523. Le possesseur de bonne foi acquiert les fruits comme l'usufruitier (§. 35, *de div. rer.*), et soit qu'il possède une personne libre ou l'esclave d'autrui, il profitera des mêmes acquisitions dont profiterait un usufruitier; le surplus restera, soit à la personne même si elle est libre, soit à son maître si elle est esclave. (V. *Pomp. fr.* 19, *de adq. rer. dom.*)

Toutefois il importe d'observer que l'esclave d'autrui peut être acquis par usucapion au possesseur de bonne foi; et, dans ce cas, celui-ci profiterait sans distinction (*ex omnibus causis*) de toutes les acquisitions de l'esclave dont il est devenu propriétaire. L'homme libre au contraire ne sera point acquis par usucapion (§. 1, *de usucap.*), et l'esclave lui-même ne sera jamais usucapé par l'usufruitier. En effet, comme le dit notre texte, l'usufruitier ne possède pas, il détient pour autrui. En sa qualité d'usufruitier il reconnaît un autre maître; et, s'il se prétendait propriétaire, il serait de mauvaise foi : seconde circonstance qui, outre le défaut de possession civile, empêche l'usucapion (*text. hic*; V. *Caius*, 2 *inst.* 9 *et* 39).

524. Dans les mêmes cas où l'usufruitier et le possesseur de bonne foi auraient acquis la propriété, ils acquièrent aussi la possession (*text. hic; Papin. fr.* 49, *de adq. vel amitt. poss.*). Toutefois, si les mêmes distinctions sont admissibles relativement à la possession acquise par l'esclave d'autrui ou par la personne libre, c'est lorsqu'on suppose que ceux-ci l'ont acquise en leur nom personnel; car, pour la faire acquérir par eux en son nom, l'usufruitier ou le possesseur le peuvent toujours, comme toute autre et par toute autre personne. (*Ulp. fr.* 34, § 2, *eod.*)

§ V.

Effectivement, nous avons déjà vu que chacun peut prendre possession des choses par autrui. Ainsi, lorsqu'un étranger reçoit un objet quelconque pour nous et en notre nom, son fait, concourant avec notre intention personnelle, nous acquiert la possession; et cette possession, ainsi obtenue par le ministère d'autrui, ne diffère point de celle dont nous pourrions être nantis par nos propres mains. (V. *Paul.* 5 *sent* 2, § 1 *et* 2.)

Ainsi, par exemple, la lettre que je vous adresse ne vous appartiendra que lorsqu'elle vous aura été remise. Cependant, si vous chargez un autre de la recevoir, la remise faite à ce dernier vous transférera immédiatement la propriété. (*Paul.* 65, *de adq. rer. dom.*) Il en est de même de la tradition reçue par mon procureur ou par les ouvriers que j'aurais chargés d'enlever les choses à moi données ou vendues. (*Ulp. fr.* 6, *de donat.*; V. *Nerat. fr.* 13, *de adq. rer. dom.*)

525. Observez que, dans ces différens cas, mon commissionnaire, mon procureur ou mes ouvriers n'ont jamais eu la propriété; et en effet, leur intention n'a jamais été de l'acquérir. Ce qui leur serait personnellement acquis ne pourrait appartenir qu'à eux, et ne me parviendrait pas sans une nouvelle transmission; et c'est en ce sens que, suivant la maxime énon-

cée dans notre texte, on ne devient jamais propriétaire *per liberam et extraneam personam*, tandis que, par les personnes dont il a été précédemment question, nous devenons propriétaires de ce qui leur est personnellement acquis. Néanmoins, dans les exemples ci-dessus, le fait d'un étranger contribue à nous rendre propriétaires; mais observons comment. Nous acquérons par le fait d'autrui la possession; et c'est par cette possession, une fois acquise, que nous devenons propriétaires (*text. hic; Ulp. fr.* 20, § 2, *de adq. rer. dom.*). Ainsi, pareillement, lorsqu'au lieu de nous livrer l'objet dont elle voulait nous transférer la propriété, une personne consent à la tenir désormais comme locataire ou comme usufruitier, la propriété qui nous est effectivement transmise est pour nous la conséquence de la possession que nous aurions acquise par cette personne, *quasi per colonam.* (*Ulp. fr.* 77, *de rei vind.*) Il est donc vrai, dans ce cas comme dans les précédens, que par autrui nous acquérons *possessionem, et per hanc possessionem etiam dominium.*

Cette acquisition de la propriété par la possession n'est que la conséquence ou la confirmation de ce que nous avons déjà dit sur le titre *de divisione rerum*; conséquemment, si la possession confère immédiatement la propriété, c'est lorsque l'aliénation est consentie par le véritable maître: dans le cas contraire, la possession ne conduit à la propriété qu'avec le temps et les conditions requises pour l'usucapion ou la prescription (*text., hic in fin.*).

526. Si nous acquérons la possession *corpore alieno*, ce n'est jamais sans en avoir l'intention. Ainsi, quand l'étranger qui prend possession d'une chose en notre nom la prend de son propre mouvement et à notre insu, nous ne possédons par lui qu'après avoir connu et approuvé son fait (*Ulp. fr.* 42, § 1, *de adq. vel amitt. poss.; Paul.* 5 *sent.* 2, § 3.); mais il en est autrement des personnes qui agissent par nos ordres, et, par exemple, de notre procureur. Dans cette hypothèse, qui est celle de notre texte, nous acquérons la possession sans le savoir, *non solum scientibus sed et ignorantibus*, c'est-à-dire sans que nous soyons précisément informés du fait par lequel notre mandataire a exécuté sa commission: du reste, nous n'acquérons pas sans le vouloir; car la chose faite en vertu de notre mandat, à quelque moment qu'on la suppose faite, ne l'est jamais que par notre volonté. (*Vinnius, hic.*) Toutefois, bien qu'en vertu de notre mandat la possession nous soit acquise et nous rende propriétaires à notre insu, cependant la prescription et l'usucapion, dans le cas où elles seraient nécessaires, ne commencent pas à courir pour celui qui ne connaît pas encore sa possession (*Sever. et Anton. C.* 1, *de adq. vel retin. poss.*): sans doute parce que l'usucapion et la prescription ne profitent qu'au possesseur de bonne foi, c'est-à-dire à celui qui se croit propriétaire. Or, celui qui possède sans le savoir ne peut avoir ni bonne ni mauvaise foi.

§ VI.

527. Nous avons vu jusqu'ici différentes manières d'acquérir les choses considérées isolément (*singulas res*) et comme formant chacune l'objet d'une acquisition spéciale. Il nous resterait encore à parler des legs et des fidéicommis, mais Justinien qui doit s'en occuper plus loin (*lib.* 2, *tit.* 20 *et sequ.*) passe immédiatement aux manières d'acquérir (*per universitatem*) par universalité, et non pas à titre universel, comme on le dit ordinairement et fort inexactement; car (et c'est Vinnius qui l'observe) *quis unquam fundo audivit titulo tribui universitatem, aut titulorum quosdam dici universos.*

Lorsqu'une personne recueille l'hérédité d'une autre, les biens (*omnes res*) ou plutôt les droits du défunt passent tous à l'héritier; dans ce cas celui-ci acquiert par universalité (*per universitatem*), en ce sens qu'il obtient une généralité, un ensemble de droits, et par suite chacun des objets compris dans cette généralité. Mais il importe de le remarquer ici avec Vinnius, ce qu'on acquiert alors, c'est l'universalité même; objet d'acquisition, elle n'en peut devenir ni le titre, ni la cause.

L'universalité des droits ou des biens d'une personne se transmet de différentes manières, à différens individus, avec différens effets: notamment lorsqu'on succède à un défunt que l'on représente, soit comme héritier, d'après le droit civil, soit comme possesseur de biens, conformément aux règles du droit honoraire, ou lorsque les biens sont adjugés pour conserver les affiau-

chissemens faits par le défunt. (V. *liv.* 3, *tit.* 11.) Les biens d'une personne vivante se transmettent aussi en masse, comme nous le verrons plus loin (*liv.* 3, *tit.* 10 *et* 12), en expliquant les effets de l'adrogation, et deux autres modes d'acquisition supprimés par Justinien. Quant à présent, nous avons à examiner comment une personne devient héritière d'une autre.

528. Les vivans n'ont point d'héritiers, mais après la mort les droits actifs ou passifs du défunt continuent d'exister, au moins pour la plupart, et passent à un ou à plusieurs survivans qui, substitués au défunt, représentent sa personne, la remplacent, et en un mot succèdent à tous les droits qui lui ont survécu. Ce remplacement ou succession de personnes est soumis par le droit civil à des règles dont le droit honoraire a souvent et utilement modifié la rigueur, et de là vient une distinction importante entre l'hérédité proprement dite et la possession de biens : l'une et l'autre consistent dans la succession à tous les droits actifs et passifs d'un défunt, mais avec cette différence, que l'une est réglée par la loi civile, l'autre par les édits prétoriens. Dans le premier cas, la succession se nomme hérédité; dans le second, possession de biens. (V. § 2 *de bon. poss.; Julian. fr.* 62, *de reg. jur.; African. fr.* 208, *de verb. sign.*)

L'hérédité, et même la possession de biens (dont on ne s'occupe ici qu'accessoirement, pour revenir sur cette matière dans un titre spécial) ne sont pas toujours déférées d'après une seule règle. A cet égard il importe de distinguer d'abord si le défunt est décédé *testat* ou *intestat*, c'est-à-dire avec ou sans testament.

TITRE X.

DE LA CONFECTION DES TESTAMENS.

§ I.

529. La transmission des droits héréditaires ne s'opérait, chez les anciens Romains, que par un acte législatif; les premiers testamens ne furent que des lois privées par lesquelles le peuple, sur la proposition de chaque citoyen, sanctionnait le choix et la désignation de ses héritiers. Aussi les testamens se faisaient-ils *calatis comitiis* (1), c'est-à-dire dans une assemblée de comices qui, deux fois par an, se tenait pour cet objet spécial. Pendant la guerre, les citoyens prêts à entrer en campagne n'attendaient pas, comme en temps de paix, l'assemblée des comices; ils testaient *in procinctu*, c'est-à-dire devant l'armée, car *procinctus*, dit Caïus (2 *inst.* 101), *est expeditus et armatus exercitus*.

530. Il arrivait souvent que les citoyens ne pouvaient pas attendre l'occasion de tester, soit dans l'assemblée des comices, soit *in procinctu*, et pour leur donner un moyen plus facile de tester, les prudens introduisirent une vente de l'hérédité ou du patrimoine que l'on transféra par mancipation. Telle fut l'origine d'une troisième espèce de testament *per æs et libram*, que la désuétude des deux autres laissa seule en usage. (*Caius*, 2 *inst.* 103; *Ulp.* 20, *reg.* 2.) Toutefois le testament *per æs et libram*, ou plutôt la mancipation qui en forme le principe et la base, n'a pas toujours été employée dans le même but et avec les mêmes effets; et enfin dans le dernier état du droit, sous la législation des empereurs chrétiens, la forme des testamens ne se rattache que partiellement et indirectement à celle du testament *per æs et libram*. Celle-ci ne subsiste plus, mais il en reste plusieurs vestiges; voilà pourquoi Justinien nous dit qu'après avoir survécu aux deux autres, le testament *per æs et libram* est tombé lui-même dans une désuétude partielle (*text. hic in fin.*).

Il importe de retracer ici sa forme primitive et ses différentes modifications.

Pour la confection d'un testament, comme dans tout autre but, la mancipation se faisait entre deux parties, le vendeur et l'acheteur, en présence de six assistans pubères et citoyens romains, dont cinq témoins et un porte-balance appelé *libripens*. Le testateur déclarait vendre et transférer *familiam suam* à une personne qui se portait acheteur en termes solennels, et pour prix de la vente remettait au vendeur un lingot d'airain dont elle touchait préalablement la balance du *libripens*. (*Caius*, 2 *inst.* 104.) On voit d'après cela pourquoi l'on désignait comme fait *per æs et libram* le testament qui résultait d'une mancipation, et

(1) Du mot grec καλεῖν les Latins ont tiré *calare*, appeler, convoquer. (V. *Theoph. hic.*)

pourquoi l'on appelait *emptor familiæ* la personne à qui le testateur mancipait *familiam suam*, c'est-à-dire son hérédité ou l'ensemble et la totalité de ses droits (1).

Effectivement, dans l'origine, on mancipait directement à la personne que l'on voulait avoir pour successeur, et l'héritier n'était autre que le *emptor familiæ*. Mais ensuite on jugea qu'il était dangereux au testateur de choisir pour héritier, et d'une manière aussi publique, un acheteur dont le titre trop certain pouvait même être considéré comme un droit irrévocable. En conséquence celui-ci ne fut plus qu'un intermédiaire entre le testateur et le véritable héritier. Il y eut toujours un *emptor familiæ* : on continua de lui manciper la famille ou l'hérédité, mais seulement pour qu'il la remancipât, après la mort du testateur, à la personne dont celui-ci avait inscrit le nom sur des tablettes que l'on appelle *tabulæ testamenti*. Le testateur tenant ces tablettes à la main, en confirmait le contenu par une déclaration solennelle, en invoquant le témoignage des assistans. Dès lors le testament ne consista plus uniquement dans une mancipation : on distingua la mancipation proprement dite, et la noncupation par laquelle le vendeur fait la désignation verbale, ou confirme la désignation écrite d'un héritier à qui l'hérédité doit être remise par le *emptor familiæ* ; en sorte que la mancipation n'était plus à l'égard de ce dernier qu'une vente fictive. (*Caius*, 2 *inst.* 104 ; *Ulp.* 20, *reg.* 2 *et* 9 ; *fr.* 21, *qui test. fac.*)

§ II.

531. Cependant cette mancipation restait toujours indispensable pour la validité du testament, du moins d'après le droit civil ; mais le préteur n'y attachait aucune importance, et malgré l'absence de toute mancipation, il considérait comme valable le testament fait en présence de sept témoins, pourvu toutefois que ces derniers eussent apposé leur cachet, condition toute prétorienne, et que le droit civil n'avait jamais exigée (*text. hic*). Il arrivait par là qu'un testament nul, et totalement inutile d'après le droit civil, pouvait encore valoir d'après le droit honoraire ; et dans ce cas il profitait aux héritiers institués à qui le préteur accordait, non pas l'hérédité proprement dite, mais la possession de biens. (V. § 6, *quid. mod. test. infirm.*; *Ulp.* 28 *reg.* 5 *et* 6.)

§ III.

532. On ignore à quelle époque précise fut supprimé l'usage du testament *per æs et libram*. Cependant il paraît certain que sous les empereurs Arcadius et Honorius (V. *C.* 3, § 1, C. Th. *de test.*; *Pothier, pand. just. XXVIII*, *I*, 31 *et* 39), cette ancienne forme était encore observée, et qu'elle a continué de l'être jusque sous Théodose le jeune, qui l'a remplacée par un nouveau genre de testament. A cet égard nous remarquerons avec Justinien (*text. hic*), que le droit civil incessamment modifié par l'usage et par les constitutions s'était insensiblement rapproché du droit prétorien. Les anciennes différences s'étaient effacées à mesure que les empereurs avaient renouvelé différens points de la législation, en refondant ce qu'ils jugèrent utiles des différentes sources de l'ancien droit. C'est ainsi que, sans défendre expressément aux préteurs de publier de nouveaux édits, on leur en ôta successivement l'occasion, relativement aux objets sur lesquels le droit civil et le droit honorsire se trouvaient désormais unanimes (*cœperunt in unam consonantiam jungi*) ; nous les voyons concourir ici relativement aux conditions exigées, dans le nouveau droit, pour la confection des testamens.

533. Ces conditions sont : 1° l'unité de contexte (*uno contextu*), c'est-à-dire que, depuis la présentation du testament aux témoins jusqu'à l'apposition des cachets et des signatures inclusivement, toutes les formalités doivent s'accomplir dans une seule et même journée, de suite et sans les interrompre par aucun acte étranger au testament, si ce n'est pour satisfaire à ce qu'exigerait un besoin naturel ou la santé du testateur. (*Théod. et Val. C.* 21; *Just. C.* 28, *de test.*) Sur les actes étrangers au testament, *voyez* Pothier (*pand. just. XXVIII*, *I*, 23).

2° La présence de sept témoins. Le testateur, après avoir écrit ou fait écrire son

(1) C'est en ce sens que la loi des Douze-Tables employait le mot *familia* lorsque, appelant les agnats à l'hérédité, elle disait : *Proximus agnatus* FAMILIAM *habeto*. (V. *Ulp. fr.* 195, § 1, *de verb. sign.*)

testament, le présente aux témoins, cacheté, clos ou lié, excepté d'un côté, en déclarant qu'il contient sa volonté, et il signe en leur présence par le côté qui reste ouvert. Les témoins dont on exige la présence ne sont pas ceux qui assisteraient fortuitement; ils doivent être spécialement appelés pour la confection d'un testament ou du moins bien prévenus de la nature de l'acte auquel ils viennent prêter leur ministère, et placés à portee de voir et d'entendre le testateur. (V. *Theod. et Val. d. C.* 21, *pr. et* § 2; *Diocl. et Max. C.* 9, *eod.*)

L'unité de contexte et la présence de plusieurs témoins avaient toujours été requises dans la confection des testamens; ces deux conditions dérivent donc de l'ancien droit que Justinien oppose ici, sous le nom de *jus civile*, aux constitutions des princes constantinopolitains, et aux édits prétoriens.

Quant au nombre de sept témoins, on peut en quelque sorte l'attribuer aussi à l'ancien droit civil (*jus civile quodammodo exigebat*), puisque le testateur ne pouvait manciper qu'avec le concours de sept personnes; mais comme dans ce nombre, il n'y avait que cinq témoins proprement dits, il paraît plus exact d'attribuer au droit honoraire la règle qui porte à sept le nombre des témoins. (V. *text. hic*; *Ev. Otto, hic.*) Le préteur semblerait en effet avoir voulu remplacer le *libripens* et le *emptor familiæ* par un sixième et par un septième témoin.

On exige, 3° le cachet des témoins et leur signature. Ces deux formalités achèvent le testament, qui jusque-là n'est qu'un acte imparfait et absolument inutile (1). La première dérive du droit honoraire, la seconde des constitutions impériales. Ainsi Théodose, en réunissant plusieurs conditions de l'ancien droit civil et du droit prétorien, et en introduisant une condition nouvelle, fait concourir pour la confection des testamens trois législations différentes, *ita ut hoc jus tripartitum esse videatur*: et de là vieut le nom du testament tripartit.

534. Du reste, sa confiance n'exige aucune autre condition.

§ IV.

En effet, la formalité additionnelle introduite par Justinien (*text. hic*), a été supprimée par lui-même. (V. *C.* 29, *de testam.*; *Nov.* 119, *cap.* 9.)

§ V.

535. En obligeant chaque témoin d'apposer un cachet, les préteurs auraient rendu la confection du testament très-difficile, s'il avait fallu que chaque témoin eût son cachet particulier. De là vient la faculté laissée aux témoins de cacheter avec l'anneau d'autrui, et tous avec le même (*text. hic*). Je dis avec l'*anneau* d'autrui, parce que les textes emploient toujours le mot *anulus* pour indiquer le cachet que les anciens portaient en forme de bague; ce qui a fait demander si l'empreinte d'un anneau est le seul cachet que l'on puisse valablement employer. Le texte d'Ulpien, tel qu'il se trouve au Digeste, répond affirmativement; mais tout induit à penser qu'il existait une négation oubliée dans le *fr.* 22, § 5, *qui test. fac. poss.* Telle est l'opinion de Vinnius; voyez cependant Cujas (14. *observ.* 11).

Au surplus le cachet, quel qu'il soit, doit présenter χαρακτῆρα, une empreinte reconnaissable. On exige aussi que chaque témoin écrive de sa main par qui et sur le testament de qui a été mis le cachet. (*Ulp. d. fr.* 22, § 5; *Paul. fr.* 30, *eod.*)

§ VI.

536. Pour concourir comme témoin à la confection du testament, il faut être du nombre des personnes avec qui le testateur a faction de testament (*cum quibus testamenti factio est*), c'est-à-dire qui sont capables de recevoir par testament et d'acquérir, soit pour elles-mêmes, soit pour leur maître ou pour le père de famille dont elles dépendent, ce qu'elles auraient ainsi reçu (583; *V.* § 4, *de hered. qual.*). Cette capacité appartient aux citoyens romains et à leurs esclaves, à l'exclusion des *peregrini* (*Ulp.* 21 *reg.* 2 *et* 3), ainsi que

(1) V. § 7, *quib. mod. test. infirm.* Cependant, d'après une constitution de Théodose et Valentinien (*C.* 21, § 1, *de test.*), le testament imparfait vaut pour les enfans du testateur (*inter solos liberos*), mais sans pouvoir jamais profiter aux étrangers (545).

nous le verrons plus loin (718 *et suiv.*) en expliquant le § 24 *de legat.*

537. Toutefois les personnes avec qui l'on aurait faction de testament ne sont pas toutes admissibles comme témoins testamentaires. On excepte :

1° Les femmes : cependant elles peuvent rendre témoignage en justice (*Ulp. fr.* 20, § 6, *qui test. fac.*) ; mais, hors les cas de nécessité, on ne les admet point à la discussion et à la solennité des affaires civiles (V. *Pothier, pand. just. XXVIII, I*, 28) ;

2° Les impubères, les fous, les muets, les sourds ; parce qu'il leur est impossible, soit de concevoir, soit d'entendre, soit de rapporter ce dont ils auraient été témoins ;

3° Les prodigues à qui l'on a interdit l'administration de leurs biens. Ne pouvant rien aliéner, incapables de manciper, ils deviennent par là même incapables de tester (*Ulp.* 20 *reg.* 13), et il semble qu'en perdant cette faculté ils perdaient aussi celle de concourir au testament d'autrui. Cependant rien ne les empêchait d'acquérir par testament, et dès lors leur témoignage paraîtrait devoir être admis comme on admet celui d'un fils de famille incapable de tester. (V. § 8, *h. t.*) L'exclusion des prodigues paraîtra donc incomplétement motivée, si l'on se contente de dire avec Ulpien (*fr.* 18, *qui test. fac.*) qu'ils n'ont pas faction de testament, en ce sens qu'ils ne pourraient pas tester : à moins que l'on ne distingue ici entre les personnes qui, comme les fils de famille, n'ont jamais eu le droit de tester, et celles qui, comme les prodigues, se sont rendues indignes de le conserver ;

4° Les personnes déclarées infâmes (*improbos*) et incapables de témoigner en justice (*intestabiles*). Elles se trouvent, sous ce rapport, assimilées aux prodigues, car elles perdent en même temps le droit de tester et de concourir à la confection d'aucun testament. (*Ulp. fr.* 18, § 1, *qui test. fac.*) Cette cause d'incapacité comprend les individus condamnés *ob carmen famosum* (*Ulp. d. fr.* 18, § 1), ou comme coupables, soit d'adultère, soit de concussion (*Pap. et Paul. fr.* 14 *et* 15, *de testib.*) ;

5° Les esclaves. Ils ont pour recevoir par testament la même capacité que le maître auquel ils appartiennent (§ 2 *et* 3, *de hered. inst.*; § 4, *de hered. qual.*) ; mais comme ils n'ont personnellement aucune participation du droit civil, ils ne peuvent concourir à la confection d'aucun testament.

§ VII.

Néanmoins le concours d'un esclave parmi les témoins ne vicie pas toujours le testament ; l'erreur des parties peut justifier une indulgence qui modifie la rigueur des principes, dans les circonstances que notre texte explique suffisamment.

538. Nous ferons seulement observer l'époque à laquelle l'esclave dont il s'agit était considéré comme libre : cette époque est celle de la confection du testament (*testamenti.... faciendi tempore*) ; et en effet, c'est au moment de la rédaction qu'il faut examiner la capacité des témoins, sans s'occuper des incapacités existantes au décès du testateur, ou dans tout autre temps. (*Ulp. fr.* 22, § 1, *qui test. fac. poss.*)

Nous avons parlé jusqu'ici des incapacités absolues. Les personnes précédemment enumérées ne peuvent servir de témoins dans aucun testament.

§ IX.

539. Il existe en outre des prohibitions relatives, par suite desquelles certains individus, admissibles comme témoins au testament d'une personne, ne le seraient pas au testament d'une autre.

Ainsi le père ne peut prendre pour témoin aucun des enfans soumis à sa puissance. On réprouve en pareille circonstance le témoignage des membres de la famille (*domesticum testimonium*), lesquels, ainsi que nous l'avons déjà fait observer (111), n'ont tous entre eux qu'une seule et même propriété, celle des biens dont le père va disposer par son testament.

Les personnes soumises à la puissance paternelle ne peuvent jamais tester, du moins sur les biens dont se compose le patrimoine général de la famille, et dont le père seul a droit de disposer ; cependant les fils de famille ont quelquefois, sous le titre de pécule *castrans* et *quasi castrans* certaines propriétés particulières dont ils disposent même par testament, suivant ce que nous verrons ci-après (§ 6, *de mil. test.*; *pr.*, *quib. non. est perm.*). Dans ce cas les membres de la famille du testateur, et par

exemple son père ou ses frères, pourraient-ils lui servir de témoin? Ulpien et Marcellus répondent affirmativement (*fr.* 20, § 2, *qui test. fac.*), sans doute parce qu'ils s'arrêtaient moins au lien de la puissance paternelle qu'à l'unité de propriété qui régulièrement existe entre les membres d'une même famille, mais dont les pécules *castrans* se trouvent exceptés. Le fils de famille avait, sous ce rapport, tous les avantages que la propriété donne à celui *qui in domo dominium habet*; et, en effet, relativement à leur pécule *castransi*, les fils de famille déclarés propriétaires *vice patrum familiarum funguntur*. (V. *Ulp. fr.* 2, *de sc. maced.*) Néanmoins Caïus (2 *inst.* 106) décide dans un sens directement opposé à celui d'Ulpien et de Marcellus; ainsi, relativement au pécule *castrans*, et aux dispositions prises à cet égard par un fils de famille, il exclut du nombre des témoins l'ascendant sous la puissance duquel se trouve le testateur, et tous les membres de la même famille. La décision d'Ulpien et de Marcellus a été insérée au Digeste (*d. fr.* 20, § 2, *qui test. fac.*), et celle de Caïus maintenue dans les Institutes (*text. hic*).

§ VIII.

540. Quoi qu'il en soit, si les membres d'une même famille sont respectivement inadmissibles comme témoins du testament que ferait l'un d'eux, rien ne les empêche de concourir ensemble au testament d'un étranger (*alieno negotio*; *text. hic.*; *Ulp.* 20 *reg.* 6). Ainsi, lorsqu'on réprouve le *domesticum testimonium*, c'est à raison du lien qui unirait les témoins avec le testateur, sans égard à celui qui pourrait unir les témoins entre eux.

§ X.

541. Dans l'ancien testament *per æs et libram*, le *emptor familiæ* et tous les membres de sa famille ont toujours été inadmissibles comme témoins d'une mancipation et par conséquent d'une acquisition qui les intéressait personnellement. On ne voulait pas qu'ils pussent *sibi quodammodo testimonia præstare* (*text. hic*; V. *Ulp.* 20 *reg.* 4 *et* 5); mais ce principe, tout invariable qu'il était, ne parut pas toujours également applicable à l'héritier. Sous ce rapport il importe d'observer quelle part celui-ci prenait à la mancipation.

Dans les premiers temps du testament *per æs et libram*, l'héritier n'étant autre que l'acheteur lui-même, se trouva exclu du nombre des témoins, non comme héritier, mais comme *emptor familiæ*. Plus tard l'acheteur et l'héritier cessèrent d'être confondus dans la même personne, et comme le testament se faisait toujours par une mancipation à laquelle l'héritier ne prenait aucune part, on crut pouvoir le considérer, lui et les siens, comme étrangers à un acte qui se passait tout entier entre le testateur et le *emptor familiæ*. Cependant Caïus, en décidant aussi que l'héritier pourrait servir de témoin, invitait à ne point user d'une semblable faculté. (V. *Caius*, 2 *inst.* 103, 105, 108; V. *text. hic.*) Sous Justinien, le conseil de Caïus devient une règle impérative. Ce prince exclut le témoignage de l'héritier, et avec raison; car dans la nouvelle manière de tester que Théodose a établie *fr.* 21, *C. de testam.*, il n'existe plus de mancipation, plus d'acheteur intermédiaire entre le testateur et l'héritier. L'hérédité passe directement de l'un à l'autre : conséquemment tout ce qui se fait dans le testament ou par le testament (*totum hoc negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia*) se fait aujourd'hui *inter testatorem et heredem* (*text. hic.*), comme autrefois *inter testatorem et familiæ emptorem* (*Ulp.* 20 *reg.* 3; *Caius*, 2 *inst.* 105).

Ainsi, à l'exemple de l'acheteur, l'héritier et les membres de sa famille sont exclus du nombre des témoins, et par les mêmes motifs, afin qu'ils ne témoignent pas dans leur propre cause (*text. hic*).

§ XI.

542. Les légataires et fidéicommissaires, en faveur de qui le testateur aurait fait différentes dispositions, les tuteurs nommés dans le testament, ont toujours été admissibles comme témoins, et Caïus ne leur conseillait pas, comme à l'héritier de s'en abstenir. (*Caius*, 2 *inst.* 108; *Ulp. fr.* 20, *qui test. fac.*) En effet, *non juris successores sunt*; ils ne représentent point la personne du testateur, et ne succèdent point à l'ensemble de ses droits; l'hérédité dont la transmission forme l'objet principal et le seul objet nécessaire du testament ne leur

parvienit jamais. On n'a donc pas cru devoir écarter leur témoignage sur la disposition d'une hérédité qui leur est toujours étrangère, malgré l'intérêt indirect qu'ils ont à la validité du testament, dont l'inexécution rendrait inutiles toutes les dispositions accessoire (V. § 2, *de leg. falcid.*; § 5, *de fideic. hered.*).

Justinien, loin de déroger à l'ancien droit, le confirme expressément par notre texte et par une constitution qu'il mentionne, mais qui ne nous est point parvenue. La seule qui nous reste est de Zénon. (*C.* 22, *de testam.*)

§ XII et XIII.

543. On ne peut avoir deux testamens à la fois; le dernier infirme toujours le précédent (§ 2 *et* 3, *quib. mod. test. inf.*); mais il peut exister plusieurs exemplaires semblables d'un seul et même testament. Observez qu'il s'agit ici de plusieurs exemplaires originaux, revêtus chacun de toutes les formes requises (*secundum obtinentem observationem omnibus factis*). Dans ce cas, la représentation d'un seul suffirait au défaut des autres (*Papin. fr.* 4, *de his quæ in test.*); mais au contraire les copies du testament, dont il n'existe qu'un seul original, ne dispensent pas de représenter ce dernier. (V. *Ulp. fr.* 1, § 7, *de b. p. sec. tab.*) Voyez *Vinnius hic*, et les sentences de Paul, *liv.* 4, *tit.* 6.

Quant aux matières sur lesquelles peut s'écrire le testament, le § 12, n'exige aucune explication.

§ XIV.

544. Jusqu'à présent nous avons supposé que le testament se fait par écrit; mais on peut aussi faire de vive voix un testament *noncupatif*. On appelle ordinairement noncupation la déclaration verbale que le testateur fait en présence des témoins, et dans ce sens il n'y a point de testament sans noncupation. Souvent le testateur, après avoir écrit ou fait écrire ses volontés, se bornait à déclarer qu'elles étaient contenues dans l'acte par lui présenté aux témoins (V. *Ulp.* 20 *reg.* 9; *Caius*, 2 *inst.* 104); mais il peut aussi, sans rien écrire, déclarer aux témoins le nom de l'héritier qu'il choisit, et de cette déclaration résulte un testament proprement appelé noncupatif, par opposition au testament écrit, dans lequel le nom de l'héritier n'est pas prononcé. (V. *Ulp. fr.* 21, *qui test. fac.*)

Théodose, en réglant les formes des testamens, conserva la distinction du testament écrit, mystique ou secret, et du testament noncupatif ou verbal. Il suffit pour ce dernier qu'il y ait unité de contexte et la présence de sept témoins. (*Theod. et Valent. C.* 21, § 2, *de testam.*)

Le testament noncupatif, lorsqu'il réunit les conditions ci-dessus, est valable, mais d'après le droit civil seulement (*jure civili firmum*); car il est impossible d'apposer à une déclaration verbale le cachet des témoins, et conséquemment de remplir à cet égard la condition du droit prétorien. Cependant le testament noncupatif ne laisse pas d'être admis aussi par le préteur, et de conduire à la possession de biens que celui-ci accorde, comme exécuteur du droit civil. (*Julian. fr.* 8, § 4, *de b. p. sec. tab.*; *Gordian. C.* 2, *eod.*; V. le § 7 *de bon. poss.* et son explication, 916.)

PR.

545. Le testament fait et achevé par le complément de toutes les conditions prescrites, est inattaquable et ne peut être détruit que par les voies légales, hors desquelles on invoquerait inutilement l'autorité du prince. (V. *pr.*, *quib. mod. test. infirm.*; *Diocl. et Max. C.* 10, *de testam.*) Mais réciproquement aussi, nul ne peut se dispenser de l'observation des règles. L'acte où elles ne sont point observées reste sans effet, même à l'égard du prince, et malgré la volonté bien constatée du défunt. (V. § 7, *quib. mod. test. inf.*; *Alexand. C.* 3, *de testam.*) Ce n'est donc pas la volonté du testateur, ou du moins ce n'est pas sa volonté seule qui fait le testament. Aussi pour définir cet acte, Modestinus (*fr.* 1, *qui test. fact.*) l'a-t-il présenté comme *justa sententia voluntatis*, en ce sens que l'expression de nos volontés n'obtient la force et l'effet d'un testament que lorsqu'elle est *justa*, c'est-à-dire conforme à toutes les règles du droit. (V. *Ulp.* 20 *reg.* 1.)

C'est d'une semblable volonté qu'il est question dans notre texte.

TITRE XI.

DU TESTAMENT MILITAIRE.

PR. ET § I.

546. Caïus, et Justinien d'après lui, nous avertissent que, par exception à la règle générale, les militaires sont dispensés de toute espèce de forme. En effet, la volonté d'un militaire donne à son testament toute la force que donne aux autres l'observation des formes légales. *Valet ex voluntate ejus*, dit notre texte, ou suivant la constitution même dont Ulpien (*fr.* 1, *h. t.*) nous a conservé les expressions, *sufficit nuda voluntas testatoris.*

Ce privilége, primitivement accordé par Jules-César, ne fut d'abord qu'une concession temporaire, successivement renouvelé par Titus et par Domitien. Transformée en règle générale par Nerva, cette faveur fut confirmée par Trajan. (V. *Ulp. fr.* 1, *h. t.*) Toutefois il faut observer, 1° que les militaires n'en jouissent qu'en certains temps et en certains lieux, ainsi que nous l'expliquerons ci-après (V. § 3, *h. t.*); 2° que les fils de famille ont obtenu, à l'occasion du service militaire, le droit de tester, droit qui leur a été ensuite conservé hors du camp, et même après leur retraite, mais alors sans aucun privilége sur la forme (*test. hic*; § 6, *h. t.*; § 9, *de test. ord.*).

§ I.

547. La volonté du militaire est donc la seule règle de son testament, mais au moins faut-il que cette volonté soit sérieuse et constatée d'une manière indubitable. Ainsi l'on ne considère pas comme disposition testamentaire ces propos vagues qu'un homme tient souvent sans importance dans une simple conversation (*ut sermonibus fieri solet*); à la différence de celui qui, voulant réellement tester, manifeste devant plusieurs personnes des intentions précises, en déclarant, par exemple, quels héritiers il institue, quels esclaves il affranchit. Dans ce cas et autres semblables, la volonté certaine, quoique purement verbale, constituerait un testament valable (*text. hic*). En effet, il s'agit uniquement de prouver que le militaire a voulu tester (*constare... testamentum factum esse*), preuve qui peut se faire (*quod fieri potest*) par écrit, et par toute sorte d'écrit (*Constant. C.* 15. *h. t.*), ou sans aucune écriture (*et sine scriptura*), par témoins, et même par des témoins non militaires (1).

548. On n'exige pas non plus que les témoins soient réunis au nombre fixé pour les testamens ordinaires (*pr.*, *h. t.*); il n'est pas même nécessaire qu'ils aient été spécialement convoqués pour la confection d'un testament. Cependant le militaire dont parle notre texte avait déclaré ses dernières volontés *convocatis ad hoc hominibus*, et cette circonstance paraît influer sur la décision de Trajan; elle y influe réellement, en ce sens qu'elle indique une intention sérieuse, une volonté certaine, que l'empereur oppose aux propos vagues d'une simple conversation; mais la convocation spéciale des témoins est un fait qu'énonce le rescrit, et non pas une condition qu'il exige dans le sens où nous l'avons vue précédemment exigée pour les testamens ordinaires (533). En effet, Trajan lui-même dispense les militaires de toute formalité, en leur permettant de tester *quomodo volent*, *quomodo poterint*. (V. *Ulp. fr.* 1, *h. t.*)

En un mot, les témoins sont ici pour la preuve et non pour la solennité de l'acte; il serait donc inutile d'en appeler aucun au testament écrit, et d'en appeler plus de deux au testament verbal. (V. *Ulp. fr.* 12, *de testib.*; *Vinnius, hic.*)

§ II.

549. L'état militaire procure l'avantage de pouvoir tester à plusieurs individus qui

(1) *Et à non militantibus.* Remarquez ce passage du texte : *Utique prius* CONSTARE *debeat testamentum factum esse*, QUOD *et sine scriptura et à non militantibus fieri potest.* Les interprètes rapportent ordinairement le relatif QUOD au mot *testamentum*; et alors la phrase paraît signifier que, pour faire son testament, il n'est pas nécessaire d'écrire ni même d'être militaire. (V. *Vinnius, hic.*) Il ne s'agit pas ici de savoir comment et par qui le testament peut être fait, mais comment et par qui sa confection peut être constatée. Dans ce sens le texte n'offre aucune difficulté et n'exige aucune rectification. Pour l'entendre tel qu'il est il suffit de rapporter le relatif QUOD, non pas au seul mot *testamentum*, mais à la totalité de la phrase précédente; l'empereur y annonce la nécessité d'une preuve (*ut constare debeat*). Il est naturel qu'il explique ensuite la manière de faire cette preuve.

n'en jouiraient point d'après les règles générales; tels sont les fils de famille dont nous parlerons au titre suivant; tels sont les individus condamnés à raison d'un délit militaire, et ceux qui doutent de leur état, c'est-à-dire qui ne savent pas précisément s'ils sont *sui* ou *alieni juris*. (V. *Ulp. fr.* 11, *t. h.*) Tels sont encore les sourds et les muets.

Lorsque notre texte parle ici d'un militaire *surdus* et d'un militaire *mutus*, évidemment il ne s'occupe pas des sourds ou muets de naissance, qui auraient toujours été dans l'impossibilité de suivre la carrière des armes, mais seulement des invalides devenus sourds ou muets par accident, et toujours considérés comme militaires jusqu'au moment de leur réfurme. (*Ulp. fr.* 4, *h. t.*; V. *Vinnius, hic.*)

Cet intervalle est le seul dont les sourds ou les muets pouvaient profiter pour tester pendant qu'ils se trouvaient, comme militaires, dispensés de toutes les règles. En effet, les uns et les autres étaient dans l'impossibilité d'accomplir les solennités qu'exige le droit commun; et pour les mettre en état de tester lorsqu'ils ne sont pas militaires, Justinien fut obligé d'établir, en leur faveur, des formes particulières. (V. § 3, *quib. non est permiss.*)

§ III.

550. Le privilége dont il est question dans ce titre n'appartient qu'aux militaires, et seulement lorsqu'ils sont en campagne. Justinien nous confirme sur ce dernier point la restriction dont il avait déjà parlé (*pr.*, *h. t.*). Ainsi, dans les camps, quiconque ne serait pas ou ne serait plus militaire, par exemple, les vétérans, et, hors du camp, tous testateurs, militaires ou non, restent soumis aux règles générales (*text. hic*; V. *C.* 17, *h. t.*).

Si l'on en croit Justinien (*pr.*, *h. t.*), sa constitution serait la première qui, partout ailleurs que dans le cours d'une campagne (*citra expeditionum necessitatem*), aurait contraint ceux qui sont encore militaires (*adhuc militantes*, *text. hic*) à tester d'après le droit commun. Cependant deux constitutions antérieures, l'une d'Antonin et l'autre de Constantin (*C.* 1 *et* 15, *de testam. mil.*), contiennent aussi la même restriction, et quand on voudrait supposer une addition faite par Tribonien au texte primitif de ces deux constitutions, quiconque examinera les motifs du privilége accordé aux militaires croira difficilement qu'ils aient jamais dû l'avoir en tous temps et en tous lieux. En effet, et malgré l'assertion de Caïus (2 *inst.* 109) adoptée par Justinien (*pr.*, *h. t.*), si les militaires sont dispensés de toute espèce de formes, c'est bien moins *propter nimiam imperitiam*, qu'à raison des dangers dont ils sont incessamment menacés. (V. *Ulp. fr.* 1, *de b. p. ex test. mil.*)

551. On est militaire, et conséquemment on jouit du privilége attaché à cette qualité, depuis le moment où l'on a été porté sur les rôles (*in numeris*) jusqu'à la délivrance du congé qui donne le titre de vétéran. Les nouvelles levées (*tirones*) que l'état exerce à ses frais ne deviennent militaires qu'après avoir été enrégimentées. (V. *Ulp. d. fr.* 42, *h. t.*)

Les militaires peuvent être congédiés à titre de récompense, ou comme incapables, ou enfin comme indignes de servir. Il y a certains officiers qui, à proprement parler, n'obtiennent pas de congé, mais qui reçoivent un successeur. Ces distinctions servent à déterminer le délai, après lequel cesserait de valoir le testament des militaires congédiés; car il ne conserve sa force que pendant un certain temps. Notre texte accorde un an après le congé (*post missionem*), ce qui suppose l'obtention d'un congé, et même d'un congé honorable: en effet, ce délai ne s'applique ni à l'officier qui reçoit un successeur, ni au militaire renvoyé comme indigne de servir. Le testament qu'ils auraient fait comme militaires cesse de valoir dès qu'ils ont perdu ce titre (1).

552. Ainsi, lorsqu'il ne meurt pas dans l'année, le vétéran doit remplacer par un nouveau testament celui qu'il a fait comme militaire. S'il décède avant l'expiration de l'année, le testament produit son effet et ouvre l'hérédité aux institués, mais un militaire, comme tout autre testateur, peut instituer sous condition (§ 9, *de hered. inst.*); et dans ce cas l'hérédité n'est réellement ouverte ou déférée qu'à l'événement de la condition. Aussi a-t-on douté que le testament d'un vétéran mort dans l'année pût déférer l'hérédité par suite d'une insti-

(1) V. *Mac. fr.* 26; *Afric. fr.* 21, *h. t.* Consultez cependant Cujas (*ad Afric. tract.* 4), Vinnius (*hic*, n° 3), et Ulpien (*fr.* 2 *de his qui not. inf.*).

tution dont la condition ne se réalise qu'après l'année. Toutefois le doute n'a point subsisté, et l'on a décidé que la mort du testateur, arrivée dans le délai fixé, confirme le testament qu'il a fait comme militaire, quelle que soit du reste l'époque où l'hérédité sera déférée par l'événement de la condition (*text. hic*); en effet il ne s'agit pas ici de savoir si le testament a obtenu son effet, mais le testateur a dû et a pu le refaire. Or, cette obligation de faire un nouveau testament ne commence qu'après l'année, et pour ceux qui meurent dans l'année, l'obligation n'a pas commencé.

§ IV.

553. Notre texte suppose qu'un militaire, avant d'entrer au service, aurait testé sans observer les formes requises (*non jure*). Ce testament nul sera-t-il validé par cela seul que le testateur devenu militaire acquiert le droit de tester sans aucune formalité? La négative n'est pas douteuse; car la validité des dispositions, qui auraient été nulles si le testateur était immédiatement décédé, ne résulte jamais du temps plus ou moins long pendant lequel celui-ci aurait survécu (§ 32, *de legat.*); et, ainsi que nous le verrons bientôt (§ 1, *quib. non est permis.*), la capacité que le testateur aurait acquise depuis la confection ne corrige pas les vices du testament antérieur. Le militaire dont parle notre texte devra donc tester de nouveau. Sur ce point nulle difficulté.

Mais on suppose que, devenu militaire, et dans le cours d'une campagne, c'est-à-dire dans une circonstance où sa volonté formerait seule un véritable testament, il ouvre les tablettes où se trouvaient écrites ses dispositions antérieures; qu'il y fait quelque addition ou suppression, ou enfin qu'il manifeste d'une manière quelconque la volonté de faire valoir cet ancien testament nul: et l'on décide qu'il vaudra, non par suite des anciennes intentions que l'on y avait inutilement consignées, mais *ex nova militis voluntate*, parce que le testateur, devenu militaire, a manifesté une volonté nouvelle. En effet, cette volonté devient elle-même un testament; et, pour un militaire affranchi de toutes les formes, confirmer un ancien testament, c'est le refaire (*Ulp. fr.* 6, § 6, *de inj. rupt.*).

§ V ET VI.

Nous avons ici deux paragraphes dont l'intelligence suppose nécessairement celle de plusieurs autres textes. Ainsi nous expliquerons le § 6 avec le *pr.* du titre suivant (556), et le § 5 conjointement avec le § 4, *quib. mod. test. inf.* (637).

TITRE XII.

DES PERSONNES A QUI L'ON N'A POINT PERMIS DE TESTER.

554. On observerait en vain les règles établies sur la forme des testamens, si l'on n'a pas le droit de tester (*testamenti factionem*). Pour apprécier la validité d'un testament, il faut donc examiner de quelle manière il a été fait, et de plus quelle était la capacité légale du testateur. Cette dernière question serait même la première à résoudre. (*Caius*, 2 *inst.* 114; *fr.* 4, *qui test. fac. poss.*) Justinien s'en occupe ici pour examiner dans les deux titres suivans les dispositions que doit nécessairement contenir le testament.

PR.

555. D'après les expressions mêmes de notre texte, la faction de testament n'est pas accordée à tous (*non licet omnibus*), et la ligne de démarcation entre les personnes qui peuvent ou ne peuvent point tester résulte non d'une prohibition expresse, mais d'un défaut de permission: ainsi l'incapacité s'étend en règle générale sur tous les individus *quibus non est permissum facere testamentum* (*rubr.*, *h. t.*). En effet, parmi les différentes lois qui règlent sur ce point la capacité des citoyens, aucune n'a jamais ôté à personne le droit de tester; toutes ont eu pour objet de l'accorder successivement à ceux qui ne l'avaient point encore (53).

La loi des Douze-Tables l'a donné aux pères de famille; et elle ne pouvait le donner qu'à eux, puisqu'eux seuls étaient propriétaires. Les fils de famille, n'ayant rien en propre, ne pouvant laisser ni hérédité ni héritiers, restèrent incapables de tester

(*Ulp.* 20 *reg.* 10); et dans la suite, lors même qu'on leur attribua des biens particuliers, le droit d'en disposer par testament ne fut jamais pour eux une conséquence immédiate de la propriété; il résulta toujours des concessions expresses du législateur, concessions indispensables, auxquelles ne pouvait pas suppléer le consentement du père de famille (*text. hic*). Cependant les personnes *alieni juris* peuvent, avec la permission de celui dont elles dépendent, aliéner même gratuitement par donation entre vifs ou à cause de mort (*Pompon. fr.* 9, § 2, *de donat.*; *Marcian. fr.* 25, § 1, *de mort. caus. don.*), parce qu'en général le consentement du propriétaire suffit pour valider une aliénation qui n'intéresse que lui. (V. § 40, 42 *et* 43, *de div. rer.*) Mais il n'en est pas ainsi de la faction de testament : c'est une faculté de droit public (*Papin. fr.* 3, *qui test. fac. poss.*), dont l'exercice intervertit l'ordre légal des successions. Le testament fait loi, quant à l'hérédité ; et cette fraction du pouvoir législatif est, comme toute autre partie du droit public, indépendante de la volonté des particuliers. (V. *Ulp. fr.* 45, § 1, *de reg. jur.*)

Aussi le testament des fils de famille n'a jamais valu qu'en vertu d'une autorisation formelle.

556. Auguste, Nerva et Trajan leur avaient permis de tester relativement aux biens acquis par eux (*in castris*) à l'occasion du service militaire. Ces biens forment (*peculium castrense*) leur pécule castrans (1), et la permission qu'ils eurent d'en disposer n'exista primitivement que pour le temps où ils continueraient de servir; mais Adrien conserva la faction de testament aux fils de famille vétérans (*text. hic* ; *pr.*, *de mil. test.*)

Dans la suite, et à l'exemple des biens castrans, on réserva plusieurs autres acquisitions que l'on désigne sous le nom de pécule quasi-castrans (1), mais la faculté

(1) *Castrense peculium est*, dit Paul (3 *sent.* 4, § 3), *quod in castris acquiritur, vel quod proficiscenti ad militiam datur.* Nous avons déjà vu (539) que, relativement à cette espèce de biens, les fils de famille *vice patrum familiarum funguntur.* (*Ulp. fr.* 2, *de sc. maced.*) Ils sont propriétaires ; ils disposent même par testament. Long-temps avant que Constantin et Justinien eussent réservé aux fils de famille la nue propriété des biens adventifs, le principe qui réunit dans la main du père de famille toutes les acquisitions faites par les personnes soumises à sa puissance, recevait exception à l'égard des biens castrans. Le père ou ses créanciers ne pouvaient jamais en disposer ; et, à la mort du père, le pécule castrans, au lieu d'appartenir en commun à tous ses enfans, restait propre à celui *qui id in castris acquisierit* (*text. hic*; V. § 1, *per quas pers.*). Cependant le père de famille n'était pas privé de toute espèce de droit sur le pécule castrans des enfans soumis à sa puissance. Le droit d'en disposer appartenait sans doute à ces derniers, et même exclusivement ; mais tant qu'ils restaient fils de famille, ce droit n'était réellement pour eux qu'une propriété conditionnelle, ou plutôt une simple faculté dont l'exercice pouvait seul paralyser le droit du père. Tout ce dont le fils de famille décédé n'aurait pas disposé était réputé n'avoir jamais appartenu qu'au père ; ce n'était pas un droit nouveau que ce dernier acquérait, mais un droit ancien dont il reprenait l'exercice, *similitudine cujusdam postliminii.* (*Tryph. fr.* 19, § 3, *de castr. pecul.* ; V. *Macian. fr.* 18, § 1 *et* 5, *eod.*) De là résulte, quant aux biens castrans, une différence importante, suivant que le fils de famille décède testat ou intestat. Dans le premier cas le testament défère à l'héritier institué une véritable hérédité ; dans le cas contraire, les biens castrans qui appartiennent au père de famille ne lui sont point transmis comme héritier, mais conservés à titre de pécule et par l'effet de la puissance paternelle. (*Ulp. fr.* 2, *eod.* ; *Diocl. et Max. C.* 5, *eod.*) Tel n'est cependant pas le principe auquel Justinien se réfère ici, lorsqu'il annonce que le pécule castrans des fils de famille morts intestat *pertinebit ad parentes eorum.* Il leur appartient, mais pourvu que le défunt n'ait laissé ni descendans, ni frères (*nullis liberis vel fratribus superstitibus*). Dès lors le droit du père n'est plus le privilége exclusif de la puissance paternelle ; c'est une acquisition qu'il fait comme ascendant, à défaut d'enfans et à défaut de frères, c'est-à-dire en troisième ordre, et d'après la règle générale des successions (*jure communi*), suivant ce que nous expliquerons plus loin (857; § 2, *de acq. per adrog.*). *Vinnius, hic*, n° 4.

(1) Constantin, par une constitution rendue en 321 (*C. de castr. omn. palat.*), avait assimilé aux pécules castrans les biens qu'un fils de famille aurait acquis comme Palatin. On appelait ainsi (*palatini*) les fonctionnaires attachés pour différens offices au palais du prince. (V. *Constant. C.* 2, *de priv. cor. qui.*) Le même avantage fut accordé d'abord par Honorius et Théodose, en 422, aux assesseurs, *qui propriis consiliis administratores iuvare consueverunt* (*C.* 7, *de adsess.*), et en 424, aux avocats (*C.* 7, *de advoc. divers. judicior.*), ensuite par Théodose et Valentinien aux *scriniarii*, aux *exceptores*, et aux autres officiers que leurs fonctions attachent au préfet du prétoire. (*C. de castr. pecul.*) Léon et Anthémius l'appliquèrent aux évêques, aux diacres et autres ecclésiastiques (*C.* 34, *de episc. et cler.*); enfin Justinien (*C.* 37, *de inoff. test.*) l'étendit à tous les fils de famille *qui salarium vel stipendia percipiunt publica.* Les biens par eux acquis dans l'exercice et à l'occasion des différentes fonctions dont nous venons de parler sont assimilés au pécule castrans, mais imparfaitement. Suivant Justinien, elles tiennent le milieu entre les acquisitions purement civiles (*paganum*), et le pécule castrans, composé des acquisitions faites à l'occasion du service militaire ; et de là plusieurs questions controversées relativement aux dispositions testamentaires que certains fils de famille pouvaient faire sur le pécule quasi-castrans, questions que Justinien décide (§ 6, *de milit. test.*; *C.* 37, *de inof. test.*), mais sans lever tous les doutes qui s'élèvent sur l'origine du pécule quasi-castrans. Son origine, suivant Justinien, remonterait non-seulement aux dispositions précédemment citées, mais même aux lois antérieures (*anteriores leges* ; § 6, *de*

d'en disposer par testament n'avait pas été accordée d'une manière générale à tous les fils de famille. Elle était concédée, par exception, à quelques-uns d'entre eux (*horum quibusdam*), lorsqu'en 531 Justinien déclara que les personnes soumises à la puissance paternelle pourraient disposer de leur pécule quasi-castrans, comme de leur pécule castrans. (§ 6, *de mil. test.*; V. *C.* 37, *de inoff. test.*; *C.* 12, *qui test. fac.*)

Antérieurement, et dès l'année 529, l'empereur avait attribué aux fils de famille la propriété de tous les biens qui ne proviendraient pas *ex patris occasione* (§ 1, *per quas pers.*; *C.* 8, *de bon. quæ lib.*). Indépendamment des pécules castrans ou quasi-castrans qu'ils auraient acquis à l'armée, ou dans l'exercice de certaines fonctions purement civiles, les fils de famille pouvaient donc se trouver propriétaires d'un pécule adventif; mais Justinien ne voulut pas leur permettre d'en disposer par testament (V. *C.* 11, *qui test. fac.*). Ainsi, comme l'annonce notre texte, les pécules castrans et quasi-castrans sont les seuls biens dont l'acquisition met les fils de famille dans le cas de faire un testament valable. Celui qu'ils feraient dans toute autre circonstance serait absolument nul (*text. hic*).

§ I.

557. Malgré la faction de testament accordée aux pères de famille, quelques-uns d'eux sont néanmoins dans l'impossibilité de tester. Tels sont les impubères, les fous, et en général tous ceux qui ne sont pas sains d'esprit, les prodigues, les personnes affectées de certaines infirmités, et les prisonniers de guerre (*text. hic*; § 2, 3, 4 *et* 5, *h. t.*; V. *pr.*, *de inoff. test.*; *Marcian. fr.* 2, *eod.*; *Paul.* 3 *sent.* 4, § 11; *Javol. fr.* 2, *qui test. fac.*); mais, ce qu'il importe d'observer, c'est que la folie ou les infirmités survenues, et l'interdiction prononcée après la confection du testament, n'infirment pas les dispositions régulièrement faites (*text. hic*; § 2 *et* 3, *h. t.*). Faut-il en conclure qu'il suffit d'avoir eu faction de testament à l'époque de la confection, en sorte que le testament, une fois fait, doive toujours subsister indépendamment de la capacité que le testateur perdra ou conservera dans la suite. Cette conséquence serait fausse, comme nous le verrons plus loin (§ 4, *quib. mod. test. infirm.*); des textes formels nous avertissent que le testateur ne perd pas impunément le droit de tester. Ainsi, toutes les fois qu'il cesse d'être libre, citoyen, ou *sui juris*, son testament cesse d'exister (V. § 5, *eod.*; *Caius, fr.* 8, § 1, *qui test. fac.*); et, en effet, le testateur *capite minutus* diffère essentiellement de celui qui devient fou, prodigue ou infirme. Ces derniers restent citoyens et *sui juris*; conséquemment ils sont toujours dans le cas de laisser une hérédité et des héritiers, tandis qu'un père de famille qui perd ce titre n'a régulièrement aucune succession à transmettre. Dès lors son testament devient sans objet.

558. Il faut donc nécessairement distinguer dans la faction de testament deux parties, dont l'une tient au droit et l'autre à l'exercice du droit. Sous le premier rapport, la faction du testament appartient à tout père de famille, en cette seule qualité. Elle donne, à proprement parler, la capacité d'avoir un testament plutôt que la faculté de le confectionner. L'exercice du droit, au contraire, suppose la réunion de certaines qualités que la loi ne donne point, et dont l'absence nous empêche de confectionner un testament, sans nous empêcher d'avoir et de conserver celui qui aurait été fait par nous ou pour nous (1). En appliquant cette distinction, nous dirons que le droit doit exister à l'époque de la confection du testament, et continuer pendant toute la vie du testateur; mais que les facultés nécessaires pour l'exercice du droit ne le sont qu'au moment où on l'exerce, c'est-à-dire à l'époque de la confection. Voilà comment certains pères de famille, que l'âge, la démence ou l'interdiction mettent de fait dans l'impossibilité de tester, peuvent cependant avoir un testament

mil. test.), c'est-à-dire, suivant Cujas et Vinnius, que le pécule quasi-castrans aurait existé avant le règne de Constantin, et dans la législation des Pandectes. Effectivement, il en est fait mention dans Ulpien (*fr.* 1, § 6, *ad sc. trebell.*; *fr.* 3, § 5, *de bon. possess.*; *fr.* 1, § 15, *de collat.*; *fr.* 7, § 6, *de donat.*); mais cette mention, dont on ne trouve aucune trace, ni dans les Institutes de Caius, ni dans les règles d'Ulpien, ni dans les sentences de Paul, pourrait n'être, au Digeste, qu'une interpolation de Tribonien.

(1) Nous verrons plus loin, au titre *de pupillari substitutione*, dans quel cas et par quelle personne pourrait être fait le testament d'un pupille ou d'un fou.

qu'ils seraient dans l'impuissance de faire.

559. Nous venons de dire que le testateur doit avoir, au moment de la confection du testament, non-seulement le droit, mais aussi l'exercice du droit de tester. Ainsi le testament fait, soit par un fils de famille qui n'aurait point de pécule castrans ou quasi-castrans, soit par un père de famille impubère, imbécile ou interdit, serait nul et resterait nul, quand même le testateur serait mort *sui juris*, pubère ou maître de sa raison. Dans ce cas, sans doute, il acquiert postérieurement une capacité qu'il n'avait pas d'abord (*text. hic*; *pr.*, *h. t.*; V. *Modestin. fr.* 19, *qui test. fac. poss.*). Il aurait pu en profiter pour tester valablement : toutefois il ne l'a pas fait, et l'on ne peut pas considérer comme un véritable testament celui qu'il a voulu faire à une époque d'incapacité. Ce prétendu testament n'avait aucune existence ; pour lui en donner une, il faudrait le créer ; et le temps, qui ne crée rien par lui-même, ne fait jamais le testament de ceux qui, pouvant tester, n'usent point de cette faculté. Ainsi les actes originairement nuls ne reçoivent jamais du temps la validité qu'ils n'ont pas eue d'abord. (*Paul. fr.* 29, *de reg. jur.*; *Lucin. Ruf. fr.* 210, *cod.*; V. § 32, *de legat.*)

Voyons maintenant les différentes causes qui empêchent d'exercer la faction de testament.

560. A l'égard des fous, *quia mente carent*, il est evidemment impossible qu'il y ait de leur part *testatio mentis*, si ce n'est dans les intervalles lucides qui interrompent quelquefois la folie (*text. hic*).

Les impubères ne sont pas précisément dans le même cas. Sortis de l'enfance, ils ne sont plus absolument incapables de contracter, ni même de s'obliger (*pr.*, *de auct. tut.*; § 9 *et* 10, *de inutil. stipul.*). On leur reconnaît donc une intelligence dont les fous sont totalement privés. Toutefois l'intelligence d'un pupille (1) n'est pas encore assez développée pour lui donner ce discernement que les jurisconsultes romains nomment *animi judicium*, discernement nécessaire pour acquérir l'hérédité d'autrui (260), et à plus forte raison pour transmettre la nôtre. C'est en ce sens que les impubères sont incapables de tester, non comme les fous, *quia mente carent*, mais *quia nullum eorum* ANIMI JUDICIUM *est*; ou, suivant Ulpien (20 *reg.* 12), *quoniam nondum plenum* JUDICIUM ANIMI *habent*.

§ II.

561. L'interdiction d'un prodigue le rend incapable d'aliéner, et conséquemment de manciper. Dès lors il lui est impossible de tester *per æs et libram* (*Ulp.* 20 *reg.* 13), et son incapacité a continué de subsister (*text. hic*) lors même que la confection du testament ne supposa plus aucune vente, aucune mancipation.

§ III.

562. Les muets, incapables de prononcer les paroles solennelles de la noncupation; les sourds, incapables d'entendre celles que prononçait le *familiæ emptor*, n'ont jamais testé *per æs et libram*. (*Ulp.* 20 *reg.* 13.) L'impossibilité où ils se trouvent, les uns de requérir, et les autres d'entendre les témoins, les empêcha également de tester d'après le droit prétorien. (*Pothier*, *pand. just. XXVIII*, §. 17.) Les sourds et les muets ne pouvaient donc tester d'après les règles du droit commun, mais seulement lorsqu'ils se trouvaient dispensés des formes ordinaires, soit comme militaires et d'après l'exception générale dont nous avons parlé au titre précédent (V. § 2, *de mil. test.*), soit par une exception individuelle résultant des permissions que le prince aurait accordées. (*Æmil. Mac. fr.* 7, *qui test. fac.*)

563. Justinien vient à leur secours, et,

(1) Les pupilles peuvent acquérir l'hérédité d'autrui avec l'autorisation du tuteur (§ 1, *de auct. tut.*), tandis que la même autorisation ne validerait pas leur testament. Cette différence tiendrait-elle à la nature du testament ? Et parce que cet acte doit exprimer la volonté du testateur (*sententia voluntatis nostræ*, *Modest. fr.* 1, *qui test. fac.*; *mentis nostræ contestatio*, *Ulp*, 20 *reg.* 1), doit-il nécessairement exclure tout consentement, toute approbation accessoire, et par exemple l'autorisation du tuteur? Non, sans doute, puisque pareille autorisation était non seulement admise, mais exigée dans l'ancien droit pour valider le testament des femmes nubiles. (*Ulp.* 20 *reg.* 15, *Caius*, 1, *inst.* 192, 193.) Si les impubères ne testent jamais, même avec autorisation du tuteur, c'est qu'il est bien moins important pour eux de transmettre leur propre hérédité que d'acquérir celles qui leur sont deferees. Sous le premier rapport ils ne courent aucun danger, pas même celui de mourir intestat, puisque la substitution pupillaire y pourvoit. (V. *pr.*, *de pupill. subst.*)

d'après sa constitution, l'infirmité des sourds et des muets ne les empêchera plus de faire ni leur testament, ni aucun des actes pour lesquels ils auraient capacité légale (*testari aliaque facere quæ eis permissa sunt*), par exemple, des codicilles, des donations, des affranchissemens par vindicte ou de toute autre manière (*C.* 10, *qui test. fac.*). Toutefois cette latitude accordée aux sourds et aux muets n'est pas absolument illimitée; ils n'en jouissent que dans certains cas et en observant certaines formes (*certis casibus et modis*), c'est-à-dire lorsqu'ils ne sont pas à la fois sourds et muets de naissance : car ceux qui, par accident, ont perdu la double faculté d'entendre et de parler, peuvent tester, mais seulement par écrit. Quant aux muets qui ne sont pas sourds, et réciproquement quant aux sourds qui ne sont pas muets, Justinien ne distingue pas si leur infirmité est naturelle ou accidentelle; dans l'un et l'autre cas, ils peuvent tester, les premiers par écrit, les seconds avec la même liberté que tous autres pères de famille. Ainsi l'empereur ne refuse l'exercice de la faction de testament à aucun de ceux qui ont un moyen quelconque de manifester leurs intentions.

Observez, dans le texte de Justinien, quels sont les individus que l'on considère comme véritablement sourds ou comme véritablement muets.

§ IV.

564. Les aveugles ont toujours eu la faculté de tester, parce que rien ne les empêche de requérir et d'entendre les témoins (*Paul.* 3 *sent.* 4, § 4) : toutefois, pour éviter les fraudes que la cécité du testateur ne lui permet pas de vérifier, Justin, père adoptif de Justinien, a établi, pour le testament des aveugles, quelques solennités additionnelles aux formes du testament noncupatif. (V. *C.* 8, *qui test. fac.*)

565. Sauf ce que nous avons vu jusqu'ici, ni la vieillesse, ni aucune autre infirmité n'empêche de tester; car s'il faut être sain d'esprit à l'époque de la confection, la santé du corps est absolument indifférente. (V. *Javol. fr.* 2, *qui test. fac.*; *Diocl. et Max. fr. C.* 3, *eod.*)

§ V.

566. Le citoyen romain, prisonnier des ennemis, n'est chez eux qu'un esclave; dans cette position, il n'a plus aucun des droits attachés aux titres de citoyen et de père de famille. Aussi le testament qu'il ferait chez l'ennemi serait nul, même en cas de retour (*quamvis redierit*; *text. hic*; *Caius, fr.* 8, *qui test. fac.*).

Le testament, valable dès l'origine, est nécessairement infirmé lorsque la servitude où tombe le testateur le met hors d'état de laisser une hérédité, et par suite d'avoir un testament. (V. § 4, *quib. mod. test. inf.*) La servitude encourue par captivité devrait donc infirmer le testament que le prisonnier aurait fait *dum in civitate fuerat*. Cependant il reste valable, mais par un motif spécial et à cause de deux fictions, dont l'une s'applique au prisonnier qui revient, et l'autre au prisonnier mort chez l'ennemi. Le premier est réputé n'avoir jamais quitté le territoire romain, et conséquemment n'avoir jamais été esclave. Tel est le résultat du *postliminium* (196). A l'égard du testateur décédé chez l'ennemi, pour conserver l'effet de son testament, on le suppose mort à l'instant même de sa captivite, et par conséquent dans l'intégrité de ses droits. (*Ulp. fr.* 18, *de capt. et post.*) Cette fiction introduite par la loi Cornélia (1) assure la conservation du testament, en faisant rétroagir l'époque du décès; car si la mort du prisonnier ne remontait pas ainsi à une époque où il était encore libre et *sui juris*, il faudrait reconnaître que le testateur prisonnier et dès lors esclave a cessé d'avoir un testament. (V. § 2, *quib. mod. test.*)

TITRE XIII.

DE L'EXHÉRÉDATION DES ENFANS.

PR.

567. L'objet spécial du testament consiste dans la disposition de l'hérédité; le testateur doit nécessairement choisir un ou plusieurs héritiers; et puisque sa volonté fait loi, il semble que rien ne doit limiter

(1) La loi Cornélia, ainsi appelée du nom de Cornelius Sylla, dictateur, a été portée l'an de Rome 673.

la liberté du choix. Effectivement, d'après la loi des Douze-Tables, il suffisait au père de famille d'instituer un héritier pour lui transmettre ses droits, et pour exclure de l'hérédité quiconque n'y était pas expressément appelé. Ce principe ne fut pas longtemps observé dans toute sa rigueur, et l'interprétation des prudens trouva dans les effets mêmes de la puissance paternelle un moyen indirect d'adoucir ce qu'elle avait de rigoureux pour les enfans.

Il existe entre tous les membres de la même famille une communauté de biens, dont le père est plutôt l'unique administrateur que l'unique maître : car, même de son vivant, les enfans sont, à plusieurs égards, considérés comme copropriétaires des biens de la famille ; en sorte qu'à la mort du chef, ces biens ne sont pas précisément pour eux une acquisition nouvelle. Ils ne deviennent pas propriétaires, mais ils continuent de l'être : ils conservent ce qui leur a toujours appartenu. Aussi les fils de famille sont-ils *sui heredes*, c'est-à-dire héritiers domestiques de l'ascendant qui les avait en sa puissance (§ 2, *de hered. qualit.*; V. *Paul. fr.* 11, *de liber. et post.*).

Considérée sous ce rapport, l'hérédité qui, même avant le décès du testateur, appartient aux enfans, ne pourrait pas être directement transmise à des étrangers. Cependant le père de famille n'est pas absolument obligé d'instituer les enfans qu'il a sous sa puissance ; mais en reconnaissant le droit qu'il a de déférer l'hérédité à d'autres personnes, les prudens pensèrent qu'il fallait pour cela retirer cette même hérédité à ceux qui l'ont déjà. De là vient, pour quiconque a un fils en sa puissance, l'obligation alternative de l'instituer ou de le déshériter expressément, et ce à peine de nullité (*text. hic*).

En effet, quand même le fils omis par son père viendrait à décéder avant celui-ci, le testament resterait toujours inutile, *quia scilicet ab initio non constiterit*, dit notre texte, en confirmant l'opinion des Sabiniens. Les Proculéiens, au contraire, n'admettaient la nullité du testament que dans l'intérêt du fils omis, et seulement lorsque celui-ci survivait pour faire obstacle aux héritiers institués. (*Caius*, 2 *inst.* 123.) L'opinion des Sabiniens paraît avoir prévalu dès le temps d'Ulpien (22 *reg.* 16) et de Paul (*fr.* 7 *et* 31, *de liber. et post.*). Cependant il est impossible de ne pas faire observer qu'en préférant l'équité à la rigueur du principe, Papinien (*fr.* 17, *de inj. rupt.*) se rapproche beaucoup du système contraire, lorsqu'il décide que l'omission du fils n'empêchera pas l'effet des dispositions testamentaires, si celui-ci, après avoir survécu au testateur, s'abstient de l'hérédité paternelle.

568. Parmi les enfans soumis à la puissance du testateur, il n'y avait que les fils dont l'omission entraînât la nullité du testament, qui, malgré l'omission d'une fille ou d'un petit-fils, avait toujours un effet, mais seulement un effet partiel ; car, dans ce cas, les filles et les petits-enfans obtenaient *jus adcrescendi ad certam partem*, c'est-à-dire le droit de concourir pour une portion déterminée avec les héritiers institués (*text. hic*). Quel que soit le véritable motif de cette différence entre le fils et les autres enfans soumis à la puissance du même chef, il faut observer qu'elle coïncide avec la distinction dont nous avons parlé précédemment (114). La puissance qui unissait le père aux enfans constituait à l'égard des fils un lien plus fort qu'à l'égard de tous autres descendans, puisqu'il fallait trois mancipations pour les mettre hors de la famille, et une exhérédation formelle pour les empêcher de conserver sur l'hérédité la totalité des droits qu'ils avaient comme héritiers siens. Quant aux filles et aux petits-fils que le testateur n'avait pas exclus de l'hérédité, ils n'en conservaient, ainsi qu'on vient de le voir, qu'une partie.

Cette partie variait suivant qu'ils concouraient avec des étrangers ou avec d'autres enfans siens institués par le défunt. Avec ces derniers, les filles ou les petits-enfans omis auraient eu part virile, c'est-à-dire qu'ils ajoutaient une tête au nombre des héritiers siens institués, et enlevaient moitié à celui qui se trouvait seul, un tiers, un quart, un cinquième, à ceux qui se seraient trouvés deux, trois ou quatre, et ainsi de suite. Quant aux institués étrangers, leur nombre était indifférent ; le concours des filles ou des petits-enfans omis (1)

(1) Les enfans sont omis ou prétérits non-seulement lorsqu'ils ont été totalement oubliés dans le testament, mais aussi toutes les fois qu'ils n'ont été ni institués, ni régulièrement déshérités (§ 2, *de hered. quæ ab intestat.*).

leur enlevait toujours moitié des droits que leur déférait l'institution. (V. *Caius*, 2 *inst.* 124; *Ulp.* 22, *reg.* 17; *Paul.* 3, *sent.* 4, § 8.)

569. On voit d'après cela que l'exhérédation des enfans n'avait pas toujours le même but. Celle du fils validait le testament, celle des autres descendans leur ôtait le droit de concourir avec les institués. Outre cette différence, il y eu avait encore une autre dans la forme de l'exhérédation : le fils devait être déshérité nommément, de la manière expliquée dans notre texte; à l'égard des filles et des petits-enfans, il aurait suffi de les déshériter *inter ceteros :* ce qui se faisait lorsque après avoir institué un ou plusieurs héritiers, le testateur ajoutait *ceteri exheredes sunto*. (V. *Paul. fr.* 25, *de liber. et post.*)

570. Ce qu'on a dit des petits-enfans s'applique uniquement à ceux dont le père serait décédé ou sorti de la famille avant que l'aïeul fît son testament. En effet, le droit des petits-enfans aux biens de la famille et à l'hérédité de l'aïeul paternel n'est autre que le droit de leur propre père, et ils ne l'acquièrent qu'à son défaut, lorsqu'il est sorti de la famille, soit par prédécès, soit par une diminution de tête quelconque : alors sa place devenue vacante est occupée par ses propres enfans (V. § 6, *de hered. quæ ab intest.*), qui deviennent *sui heredes* de l'aïeul paternel (§ 2, *eod.*; § 2, *de hered. qual.*). Dans le cas contraire, les petits-fils et petites-filles, quoique siens (*sui*), parce qu'ils sont sous la puissance de l'aïeul paternel, ne sont point *heredes*; il serait donc inutile de leur retirer un titre et des droits qu'ils n'ont pas encore. Ce n'est pas eux, mais leur père qu'il faudrait déshériter (V. *Paul. fr.* 9, § 2, *de liber. et post*). sauf ce que nous dirons plus loin sur le § 2; car indépendamment des héritiers qui existent dans la famille du testateur à l'époque de la confection du testament, il peut en survenir d'autres même après sa mort.

§ I.

571. Les descendans du testateur, nés après sa mort, se nomment posthumes. (*Ulp. fr.* 3, § 1, *de inj. rupt.*) Leurs droits dans la famille se déterminent d'après l'époque de la conception ; ainsi, quoique né après la mort du testateur, le posthume conçu à cette époque peut avoir été sien, et avoir acquis sur les biens de la famille des droits semblables à ceux d'un héritier sien vivant lors de la confection du testament, droits dont l'existence à cette époque aurait causé la nullité, et dont l'ouverture subséquente occasione la rupture du testament, parce qu'ils sont incompatibles avec les dispositions que le père de famille prendrait ou aurait prises relativement à l'hérédité. Effectivement le testament valable cesse de l'être par l'agnation, c'est-à-dire par l'arrivée dans la famille d'un posthume ou d'un héritier sien, quel que soit leur sexe ou leur degré : mâles ou femelles, enfans ou petits-enfans, les posthumes naîtront tous avec les mêmes droits, et leur naissance produira le même effet (*in eo par omnium conditio est*). A la vérité, l'existence conditionnelle des enfans conçus n'empêche pas le père de tester valablement (*valet quidem testamentum*). Son testament vaut, mais ensuite il se rompt (*rumpitur*) par l'agnation, c'est-à-dire par la naissance des nouveaux héritiers qui surviennent dans la famille. Conséquemment si la femme *ex qua postumus vel postuma sperabatur*, fait une fausse couche, le testament conserve son plein et entier effet; tandis que le prédécès d'un fils omis lorsqu'il était déjà né, ne réparerait pas le vice primitif des dispositions paternelles (567). Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque le testament est rompu par la survenance d'un posthume mâle ou femelle (*agnatione postumi sive postumæ*), il est infirmé pour le tout (*ea ratione totum infirmatur*), tandis que l'omission d'une fille ou d'un petit-fils déjà né n'empêchait pas le testament de conserver un effet partiel (568).

572. On évite la nullité du testament en instituant ou déshéritant le fils qu'on a sous sa puissance; pareillement, pour éviter la rupture, il faudrait donc déshériter ou instituer les posthumes (V. § 1, *h. t.*). Toutefois cette précaution fut long-temps impossible à l'égard des enfans à naître, d'abord parce que nulle disposition testamentaire ne pouvait concerner les personnes incertaines, au nombre desquelles se trouvent nécessairement comprises celles qui ne sont pas encore nées (V. § 25, 26, 27 *et* 28, *de legat.*; *Ulp.* 22, *reg.* 4); et secondement parce qu'il serait inutile d'ôter le titre d'héritier à ceux qui ne l'ont point

et qui ne peuvent même pas le recevoir du testateur. La survenance d'un héritier né après la confection du testament, et celle d'un posthume, devaient donc entraîner une rupture inévitable. Dans le premier cas, le testament rompu du vivant de son auteur pouvait être recommencé; mais la rupture était irréparable, lorsqu'elle arrivait après le décès par l'agnation d'un posthume. Dans l'impossibilité d'y remédier, les prudens cherchèrent un moyen de la prévoir; ils imaginèrent de considérer les posthumes comme déjà nés, non-seulement à la mort du testateur, mais même lors de la confection du testament. Ceux qui, dans cette hypothèse, seraient nés sous la puissance du testateur, se nommèrent posthumes siens; les autres posthumes étrangers (*postumi alieni*). L'institution de ces derniers, inutile à la sûreté du testament, resta prohibée, du moins par le droit civil (723); mais on autorisa, quant aux premiers, toutes sortes de dispositions. Ainsi l'on put ou les instituer ou les déshériter. (*Ulp.* 22, *reg.* 15; *Paul.* 3, *sent.* 4, § 10; V. *pr.*, *de bon. poss.*; § 28, *de legat.*), leur laisser un legs (§ 26, *eod.*) ou leur donner un tuteur (§ 4, *de tutel.*; *Caius*, 1 *inst.* 147).

573. L'agnation de tous les posthumes siens produisant toujours le même effet (570), rend leur exhérédation également nécessaire; toutefois le mode d'exhérédation varie, mais seulement à raison du sexe et sans aucune distinction de degrés. Ainsi l'exhérédation des mâles doit toujours être nominative; celle des femmes peut n'être que collective; mais comme une exhérédation collective, frappant en masse une postérité posthume que le testateur n'a point sous les yeux, pourrait atteindre des enfans dont il n'a pas même soupçonné l'existence, l'exhérédation collective des filles ou petites-filles posthumes n'exclut pas celles que le testateur ne prouve pas avoir été présentes à sa pensée. De là vient la nécessité de léguer à celles qu'il déshérite *inter ceteras* un objet quelconque, *ne viderentur præteritæ esse per oblivionem* (*text. hic*; V. *Ulp.* 22, *reg.* 21 et 22).

§ II.

574. Un motif de nécessité avait engagé les jurisconsultes à permettre l'institution et l'exhérédation des posthumes siens. Malgré l'analogie, on ne crut pas devoir étendre cette faculté aux enfans qui naîtraient ou deviendraient héritiers siens après la confection du testament, mais avant la mort du testateur. Effectivement celui-ci pouvait recommencer le testament rompu par leur agnation. Cependant il fut permis de les instituer ou de les déshériter, mais cette permission fut donnée par une loi spéciale que l'on nomme Julia Velléia, et qui assimile aux posthumes les enfans dont nous parlons. De là vient la distinction entre les posthumes proprement dits, et les quasi-posthumes ou posthumes velléiens. (V. *Scævol. fr.* 29, § 11, 12, 13, *de liber. et post.*; *Vinnius*, *hic*, n°s 4, 5 et 6; *Pothier*, *pand. just. XXVII, II*, 22, 43, 46.)

Tels sont, 1° les héritiers siens nés entre la confection du testament, et la mort du testateur; 2° les petits-enfans dont le père sortirait de la famille entre ces deux époques. Ces derniers, suivant notre texte, prennent la place de leur père; ils se trouvent alors *loco postumorum*, et *quasi agnascendo* ils rompent le testament de l'aïeul: mais il fut permis d'éviter cette rupture en instituant ou déshéritant les quasi-posthumes : *Idque lege Velleia provisum est*, disent Caïus et Justinien (*text. hic*; *fr.* 13, *de injust. rupt.*). Cette loi n'était pas nécessaire à l'égard des quasi-posthumes de la seconde classe, du moins pour le cas où l'aïeul aurait voulu les instituer. Leur institution, valable comme celle de toutes autres personnes déjà nées, aurait suffi pour empêcher leur quasi-agnation de rompre le testament (V. *Scævol. fr.* 18, *de inj. rupt.*) : toutefois on ne peut pas toujours exhéréder ceux que l'on pourrait instituer; et sans une loi formelle on n'aurait pu ôter le titre d'héritier aux petits-enfans qui, précédés dans la famille par leur propre père, n'étaient point encore *sui heredes* de l'aïeul testateur. A leur égard la loi Velléia avait donc pour but spécial de valider l'exhérédation; et elle indique, suivant notre texte, la manière de les déshériter utilement (*exheredationis modus*), comme on déshérite les posthumes (*ad similitudinem postumorum*), c'est-à-dire conditionnellement pour le cas où ils deviendraient héritiers siens.

Quant aux quasi-posthumes de la première classe qui ne seraient pas encore nés lors de la confection du testament, la loi

Velléia était nécessaire pour valider soit l'institution, soit l'exhérédation.

575. On peut encore distinguer plusieurs classes de quasi-posthumes, entre autres 3° celle des petits-enfans qui, à la mort de l'aïeul, retombent sous la puissance du fils, deviennent ses héritiers siens, et infirment, lorsqu'ils n'ont point été institués ou déshérités, le testament que leur père encore fils de famille aurait fait sur son pécule castrans ou quasi-castrans (V. *Tryphon. fr.* 28, § 1, *de liber. et post.*; *Tertull. fr.* 33, § 3. *de test. mil.*); 4° celle des personnes étrangères que le testateur adopte après la confection du testament. *Voyez* à cet égard le § 1, *quib. mod. test. infirm.*, et son explication.

§ III.

576. Jusqu'à présent nous nous sommes occupés du droit civil et des héritiers siens, parmi lesquels ne comptent plus les enfans sortis de la famille. Aussi l'exhérédation des émancipés n'est-elle pas nécessaire d'après le droit civil; mais le droit prétorien regarde la petite diminution de tête comme non avenue, et ne l'oppose jamais aux descendans du testateur qui, bien que séparés par là de sa famille, ne cessent pas pour cela d'être ses enfans. En conséquence, on considère comme héritiers siens du testateur les enfans sortis de sa puissance, non-seulement par émancipation, mais de toute autre manière (1). Les petits-enfans restés sous la puissance de l'aïeul lorsque le père en est sorti, et réciproquement ceux que l'aïeul a mis hors de la famille en retenant le père, ne sont pas à proprement parler sortis de la puissance de ce dernier, puisqu'ils n'y ont jamais été soumis; cependant ils sont toujours ses enfans, et le préteur leur en accorde tous les droits. (V. *Paul. et Caius, fr.* 6, § 2; *fr.* 7, *de b. p. contra tab.*; *Modest. fr.* 21 *eod.*; *Pompon. fr.* 5, § 1. *si tab. test. null.*) L'émancipation du père ne préjudicie pas davantage aux enfans qu'il aurait eus depuis son émancipation; le préteur les admet à la succession de l'aïeul, comme les y admettrait le droit civil, si leur père n'avait pas été diminué de tête. (*Ulp. fr.* 3, *pr. et* § 5; *Paul. fr.* 6, *de b. p. contra tab.*)

En un mot, le préteur, sans s'arrêter aux suites d'une diminution de tête qu'il considère comme non avenue et qu'il ne veut opposer à personne (*nulli obstat; Pomp. d. fr.* 5, § 1), admet indistinctement comme héritiers siens, et ceux qui le sont réellement d'après le droit civil, et ceux à qui le droit civil ne dénie cette qualité que par suite d'une petite diminution de tête. (V. *Paul. fr.* 9, § 2, *de b. p. contra tab.*)

577. Pour assurer l'effet du testament, ils doivent donc être tous institués ou déshérités dans les formes requises, c'est-à-dire les mâles nommément, les femmes soit nommément, soit en masse (*text. hic*). Alors le préteur n'accorde plus aucune protection, et l'enfant régulièrement exhérédé n'a plus d'autre recours que la plainte d'inofficiosité (*Ulp. fr.* 8; *fr.* 10, § 5, *eod.*), dont nous parlerons ci-après (*tit.* 18). Dans le cas contraire, le préteur autorise ceux qui n'ont été ni institués ni régulièrement déshérités, à faire rescinder le testament pour obtenir la possession de biens dite CONTRA TABULAS (*text. hic*).

578. En effet, l'exhérédation n'est pas ici, comme dans le droit civil, une formalité essentielle dont l'inobservation entraîne nullité absolue. Le testament subsiste toujours aux yeux du préteur, quoique susceptible d'être attaqué, et alors de rester sans effet. Toutefois, dans ce cas même, la possession de biens, que le préteur accorde contre les dispositions du testament (*contra tabulas*), suppose l'existence d'un testament, et se distingue, au moins par le nom, de la possession de biens *unde liberi* qui se donne aux mêmes personnes, lorsqu'il n'existe aucun testament, *si tabulæ testamenti nullæ extabunt*. (*Digest. lib.* 38, *tit.* 6; V. § 9 *et* 12, *de her. quæ ab int.*; 381, 837). *V.* Vinnius, *pr., h. t.*, n° 6; *hic, in fin.*

De là il résulte qu'un testament, absolument nul d'après le droit civil par l'omission d'un héritier sien proprement dit, sera cependant exécuté par le préteur, si les enfans omis ne demandent pas la possession de biens. (*Ulp. fr.* 2, *de b. p. secund. tab.*) Il en est de même lorsque le quasi-posthume, dont la naissance a rompu

(1) *Ulp., fr.* 1, § 8, *de b. p. contra tab.* Pourvu cependant qu'ils jouissent des droits civils; car ceux que la grande ou la moyenne diminution de tête a privés du titre de citoyen ne peuvent succéder qu'après l'avoir recouvré (*Ulp. d. fr.* 1, § 9; *Hermog. fr.* 2, *eod.*). Observez qu'ici et dans les § 10 *et* 12, *de hered. quæ ab intest.*, notre texte ne parle que des émancipés, ce qui est beaucoup trop restreint.

le testament, décède avant le testateur. (*Ulp. fr.* 12, *de inj. rupt.*)

Réciproquement aussi, la rescision admise pour cause d'omission profitait à tous les enfans omis sans excepter les filles et petits-enfans, et bien que le droit civil n'ait jamais assimilé leur omission à celle du fils, et n'en fît point une cause de nullité (*pr.*, *h. t.*), le préteur leur accordait la possession de biens pour la totalité; mais ensuite une constitution d'Antonin restreignit pour eux le bénéfice de la possession *contra tabulas* à la portion que le droit civil leur accordait, et les faisant concourir avec les héritiers institués (568; *Caius*, 2 *inst.* 125, 126; V. *Just. C.* 4, *de liber. præt.*).

Les enfans institués pour une portion quelconque ne demandent point par eux-mêmes la possession *contra tabulas*; mais pour peu que ce droit s'ouvre pour un enfant omis, soit que ce dernier demande ou non la possession de biens, les enfans institués peuvent provoquer la rescision, et obtenir ainsi, par l'omission d'un autre, plus qu'ils n'auraient eu par eux-mêmes en vertu de leur propre institution. (*Ulp. fr.* 3, § 11; *fr.* 8, § 14; *fr.* 10, § 6, *de b. p. contra tab.*)

§ IV.

579. La position des enfans adoptés varie suivant qu'il s'agit de succéder au père naturel ou au père adoptif.

Tant que dure l'adoption, ils ont dans la famille adoptive, soit d'après la loi civile, soit d'après l'édit du préteur, les mêmes droits que les enfans nés dans cette famille *ex justis nuptiis* (*text. hic*; *Ulp. fr.* 1, *de b. p. contra tab.*). Réciproquement aussi, comme on n'appartient pas en même temps à deux familles différentes, le droit civil et le droit prétorien s'accordent à les considérer comme étrangers au père naturel (*text. hic*; § 12, *de hered. quæ ab intest.*; *Ulp. fr.* 3, § 6, *de b. p. contra tab.*).

L'adoption une fois dissoute, ils redeviennent totalement étrangers à la famille adoptive; mais le lien qui les retenait dans cette famille étant rompu, ne les empêche plus d'être admis par le préteur dans la famille de leur père naturel, comme s'ils avaient été directement émancipés par lui (834, 835, 836, 840, 841).

§ V.

580. Justinien supprime ici trois différences qui existaient précédemment.

1° Entre le fils dont l'omission annulait le testament, et les filles ou petits-enfans qui, en cas d'omission, avaient simplement (*jus accrescendi*) le droit de concourir pour une portion avec les institués (*pr.*, *h. t.*);

2° Entre le fils dont l'exhérédation devait être nominative, et les filles ou les petits-enfans susceptibles d'être déshérités *inter ceteros*;

3° Entre les posthumes mâles et les posthumes du sexe féminin, relativement au même objet.

Justinien veut qu'ils soient tous déshérités nommément, à peine de nullité; *tous*, c'est-à-dire tous ceux qui sont dans le cas d'être déshérités ou institués conformément aux règles ci-dessus.

Quant à la distinction que Justinien dit avoir établie entre les enfans adoptifs, il entend parler de la différence précédemment exposée (§ 2, *de adopt.*), entre l'adoption faite par un ascendant, et l'adoption faite par un étranger. Cette dernière, ainsi que nous le verrons encore (§ 14, *de hered. quæ ab int.*), ne change rien aux droits de famille. Ainsi, tout ce que nous avons dit précédemment des enfans adoptifs doit s'entendre de ceux qui passent sous la puissance de l'adoptant, comme y passaient autrefois tous les adoptés sans distinction, et comme y passent encore, même après la constitution de Justinien, les fils de famille adoptés par un de leurs ascendans et tous les individus *sui juris* adrogés. (V. 840, § 14, *de hered. quæ ab intest.*)

§ VI.

581. Dans l'exhérédation, comme dans toutes les autres parties du testament militaire, la volonté du testateur est sa seule loi. (V. § 25 *et* 36, *de legat.*) Cette volonté doit être constatée, mais elle n'a pas besoin d'être manifestée en termes exprès (546, 547). Elle résulte de l'ensemble des dispositions et même du silence du testateur, lorsqu'il sait avoir des enfans nés ou conçus (*non ignorans an habeat liberos*): hors ce cas, on ne peut tirer de son silence aucune présomption contraire à l'affection paternelle, et l'existence ou la

survenance d'héritiers auxquels le testateur n'aurait point pensé annulerait dans un cas, et infirmerait dans l'autre, le testament militaire. (V. *Ulp. fr.* 7; *Tertul. fr.* 33, § 2; *Paul. fr.* 36, § 2, *de test. mil.*; *Gordian. C.* 9; *Philip. C.* 10, *eod.*)

§ VII.

582. Tout ce qu'on a dit sur ce titre, étant fondé sur les principes de la puissance paternelle, s'applique exclusivement aux héritiers siens et à ceux que le préteur considère comme tels : or, comme les enfans ne sont jamais sous la puissance de leur mère ni d'aucun ascendant maternel, ils ne peuvent en aucun cas devenir héritiers siens de ces derniers. Aussi pour empêcher ses enfans ou petits-enfans de venir à l'hérédité, la mère et l'aïeul maternel ne sont-ils pas obligés de les exclure; il suffit de ne les point appeler. De là cet axiome, que le silence gardé par la mère ou par l'aïeul maternel dans son testament, *tantum facit quantum exheredatio patris* (*text. hic*). Ainsi l'omission maternelle ne donne lieu ni à la nullité, ni à la rupture du testament, ni à la possession de biens *contra tabulas*; mais, comme le droit civil réserve la faculté d'attaquer une exhérédation injustement faite par le père, la même voie sera pareillement ouverte dans le cas d'omission non méritée contre le testament maternel : tel est le recours que Justinien promet à défaut des autres, et dont il sera traité dans un titre particulier (*tit.* 18).

TITRE XIV.

DE L'INSTITUTION DES HÉRITIERS.

583. Nous avons parlé des précautions que les pères de famille ont à prendre relativement au choix d'un héritier; nous arrivons maintenant aux règles communes que doit observer sur le même objet tout testateur, quel qu'il soit, homme ou femme, père ou fils de famille. Effectivement, nul ne peut tester qu'en faisant une institution d'héritier, c'est-à-dire en désignant un successeur, un représentant direct de sa personne. Cette institution forme *caput atque fundamentum totius testamenti* (§ 34, *de legat.*), et sans elle le testament n'existe point (§ 2, *de fideic. hered.*).

PR.

Le testateur institue à son gré des personnes libres ou des esclaves, et les esclaves d'autrui comme les siens. Cette décision de notre texte se trouve conçue en termes trop généraux pour ne pas exiger quelques correctifs; car on n'est pas libre d'instituer indistinctement tout esclave, ni même toute personne libre.

On peut instituer, dit Ulpien (22 *reg.* 1), ceux avec qui l'on a faction de testament, c'est-à-dire les personnes qui, ayant ou non le droit de disposer par testament, seraient susceptibles de recevoir *ex alieno testamento*, et d'acquérir, pour soi-même lorsqu'elles sont *sui juris*, ou dans le cas contraire pour les individus dont elles dépendent (518, 718). Ainsi l'on peut instituer même les fous, les impubères, etc., pourvu toutefois qu'ils soient citoyens; car la faction de testament n'existe ni avec les déportés, ni avec les PEREGRINI. (*Ulp.* 22 *reg.* 2 *et* 3; *Anton. C.* 1, *h. t.*) Elle existe cependant avec les esclaves, non comme esclaves, mais comme susceptibles d'acquérir pour leur maître en restant esclaves, ou pour eux-mêmes en devenant libres et citoyens. Chacun peut donc instituer, soit les esclaves d'autrui, comme il pourrait, et dans le cas où il pourrait instituer leur maître (V. *Ulp.* 22 *reg.* 9; *Caius, fr.* 31, *h. t.*), soit ses propres esclaves, à raison du titre de citoyen qu'ils acquerront avec la liberté que le testateur doit leur laisser en même temps que l'hérédité. (V. *Ulp.* 22 *fragm.* 7.)

584. Autrefois (85) on ne reconnaissait pas d'affranchissement tacite; et le maître qui instituait son esclave devait lui conférer expressément la liberté (*Caius*, 2 *inst.* 185, 186, 187; *Ulp.* 22 *reg.* 7 *et* 12); mais Justinien considère la volonté d'affranchir comme tacitement et suffisamment indiquée par le fait même de l'institution (*text. hic*; § 2, *qui et ex quib. caus.*; § 1, *qui test. tut.*). Du reste, expresse ou tacite, la manumission de l'esclave est toujours nécessaire pour valider son institution; car, toutes les fois que l'affranchissement sera impossible, l'institution de l'esclave par son propre maître restera nulle (V. *Scævol. fr.* 83, *h. t.*), le texte nous en fournit un exemple remarquable.

585. Il arrive souvent qu'une personne ait l'usufruit d'un esclave dont un autre aurait la propriété ; et alors, comme l'usufruit s'établit toujours sur la chose d'autrui (*pr., de usufr.*), l'esclave se trouve à l'égard de l'usufruitier *servus alienus*, et par rappoit au nu-propriétaire, *servus proprius* (*text. hic ; Paul. fr.* 25, *de verb. sign.*). Institué par ce dernier, il sera donc libre, sauf à servir l'usufruitier jusqu'à l'extinction de l'usufruit. En le décidant ainsi, Justinien (*C.* 1, *commun. de man.*) déroge à l'ancien droit, qui ne permettait pas au propriétaire d'affranchir seul les esclaves dont un autre avait l'usufruit. Dans ce cas, l'affranchi n'avait plus de maître, mais cependant il n'était pas libre. *Servus sine domino est*, dit Ulpien (1 *reg.* 19).

§ I.

586. L'institution d'un esclave par son maître dépend, comme nous l'avons vu, de la liberté qui doit lui être donnée en 10ème temps ; alors la liberté qu'il acquiert simultanément avec l'hérédité le rend, en vertu du testament, libre et héritier nécessaire (84, 660 ; § 1, *qui et ex quib. caus.* ; § 1, *de hered. qual.*).

Toutefois si l'institution dépend de cette liberté simultanée, ce n'est qu'autant que l'esclave reste *in eadem causa* ; si pendant ce temps l'espérance de la liberté s'évanouit, sa perte entraîne celle de l'hérédité. Mais lorsqu'il sort de la puissance du testateur, alors l'institution, absolument indépendante de la liberté de l'esclave, dépend de la capacité qu'il acquiert personnellement, quand on l'affranchit, et de la capacité de son nouveau maître, lorsqu'il est aliéné (1).

587. Du reste, dans l'un et l'autre de ces deux cas, la liberté et l'hérédité ne sont plus pour l'esclave institué l'effet simultané du testament ; et dès lors, *cum utrumque ex domini testamento non consequatur*, il ne deviendra point héritier nécessaire, comme il le serait devenu en restant sous la puissance du testateur, *si in eadem causa manserit.* L'hérédité lui sera déférée en vertu de l'institution ; mais, au lieu d'être immédiatement et nécessairement acquise, elle le sera volontairement par une adition subséquente que l'institué fera (*suo arbitrio*) seul et indépendamment de toute autre personne s'il est devenu libre, ou *jussu novi domini* s'il est encore esclave. Tout ceci s'applique également à l'esclave d'autrui qui change de condition. Il n'a pu être institué que du chef de son maître, c'est-à-dire du maître qu'il avait à l'époque de la confection du testament ; néanmoins il emporte avec lui les avantages d'une institution attachée à sa personne, et l'espoir d'une hérédité qui ne peut jamais être acquise qu'à lui ou par lui : à lui-même, lorsqu'il se trouve libre au moment de l'adition, et par lui, dans le cas contraire, au nouveau maître par ordre duquel il accepte ; encore bien qu'il eût un autre maître pendant la vie du testateur, et même dans l'intervalle qui s'est écoulé (*vivo vel mortuo testatore antequam adeat*) entre la mort et l'adition d'hérédité. En effet, l'hérédité, jusqu'au moment où elle est acquise, *ambulat cum dominio.* (*Ulp. fr.* 2, § 9, *de b. p. sec. tab.*)

588. Remarquez la décision de notre texte relativement à l'esclave institué et ensuite aliéné par son propre maître : dans ce cas, le testateur est censé revenir sur la liberté qu'il avait donnée (*alibertatis donatione*). C'est un changement de volonté qui révoque l'affranchissement, et qui cependant laisse subsister l'institution. La raison est que l'institution et le testament dont elle forme l'essence peuvent être infirmés, mais seulement par les voies légales, et non par un simple changement de volonté (§ 7, *quib. mod. test.*). Ce changement même tacite suffit au contraire pour révoquer un legs (§ 12, *de legat.* ; *pr.*, *de adim. leg.*), et par suite le don de la liberté, pourvu cependant que l'institution même ne dépende pas de la liberté ; car alors le maître, incapable d'ôter directement l'hérédité, ne peut pas l'ôter indirectement, en retirant l'affranchissement à l'esclave par lui institué et resté sous sa

(1) Supposez un esclave institué purement et simplement, et affranchi sous condition, par exemple, si tel vaisseau revient. Le naufrage du navire, arrivé pendant que l'esclave appartient encore au testateur, fait défaillir la condition de l'affranchissement, et infirme l'institution qui ne redeviendra jamais valable, soit que l'esclave reste ou non sous la puissance du testateur ; mais s'il avait été aliéné ou affranchi avant le naufrage, l'institution se maintiendrait sur sa tête indépendamment de la manumission testamentaire devenue impossible. (V. *Julian. fr.* 38, § 2 et 3, *h. t.*)

puissance. (V. *Julian. fr.* 13, § 1, *de liber. et post.; Ulp. fr.* 6, § 4, *h. t.*)

§ II.

589. Comme la faction de testament n'existe avec les esclaves d'autrui que du chef de leur maître, on demande si l'on pourrait, après la mort d'un citoyen quelconque, instituer les esclaves qu'il a laissés dans sa succession. Le doute à cet égard vient de ce qu'entre la mort du défunt et l'adition de l'héritier, il existe un intervalle pendant lequel l'hérédité se trouve vacante, c'est-à-dire sans maître, parce que les biens n'appartiennent plus au défunt, et n'appartiennent pas encore à l'institué, qui ne devient héritier que par l'adition. Dans cette position, et pour éviter les embarras de la vacance, on recourt à une fiction qui prolonge la vie et le domaine du défunt jusqu'au jour où l'hérédité est acquise par l'héritier. Ainsi jusque là il suffit, pour instituer les esclaves du défunt, d'avoir eu faction de testament avec lui, quoiqu'on ne l'ait pas avec l'héritier futur. (*Paul. fr.* 52, *h. t.*) C'est en ce sens que notre texte dit que l'hérédité vacante (*nondum adita*) représente la personne du défunt, et non pas celle de l'héritier futur. (V. *pr., de stipul. serv.*) Pareillement, bien qu'on ne pût pas instituer un posthume (*pr., de bon. poss.*), on pouvait cependant instituer l'esclave d'un enfant conçu (*ejus qui in utero est*), ou plutôt l'esclave qui devait lui appartenir un jour; car lorsqu'on parle des esclaves appartenant à un enfant conçu, c'est improprement et en le considérant comme déjà né, pour désigner les esclaves qu'il acquerra en naissant, avec l'hérédité d'un ascendant qu'il recueillera comme posthume sien. Mais jusque-là cette hérédité est vacante, et les esclaves n'appartiennent point encore au posthume. Le testateur étranger pouvait donc les instituer du chef du défunt. (V. *Javol. fr.* 64, *h. t.; Vinnius, hic.*)

§ III.

590. L'esclave de plusieurs maîtres est valablement institué pour chacun de ceux avec qui le testateur a faction de testament, et chacun de ceux qui le font accepter acquiert par lui l'hérédité, non toutefois par portions égales, mais en raison de la part que chacun a dans l'esclave; ce qu'il faut remarquer comme règle générale pour toutes les acquisitions faites par un esclave commun (1103 et 1141, § 3, *de stipul. serv.;* § 3, *per quas pers. nob. obl.;* V. § 4, *de injur.*).

591. Il faut observer ici que l'esclave dont il s'agit est institué par un étranger (*ab extraneo*). Qu'arriverait-il s'il était institué par un des copropriétaires? Si celui qui l'institue lui confère en même temps la liberté, la décision de Justinien sur le droit d'accroissement se trouve applicable (§ 4, *de donat.*) : alors l'esclave devient héritier et libre, sauf l'indemnité due aux autres copropriétaires. Mais à défaut d'affranchissement formel, la liberté de l'eslave sera-t-elle considérée comme une conséquence tacite de son institution? Vinnius en doute, et avec raison; car si l'institution d'un esclave par son propre maître emporte affranchissement tacite, c'est parce que sans cela elle resterait inutile (§ 2, *qui et ex quib. caus.*) : mais l'institution d'un esclave commun peut se soutenir du chef des autres copropriétaires, comme celle de l'esclave d'autrui, et indépendamment de tout affranchissement. (V. *Ulp.* 22 *reg.* 7 *et* 9). Dès lors il n'est plus besoin de supposer au testateur une intention qu'il n'a pas exprimée. *Voyez* Vinnius sur le *pr., h. t. n°* 4.

§ XII.

592. On n'instituait pas les PEREGRINI (583), mais cette prohibition n'a jamais été appliquée aux citoyens romains qui naissent en pays étranger (*peregri natos*), ni même à ceux qui sont absolument inconnus au testateur; il suffit, en effet, que l'on puisse avoir une idée fixe sur leur existence, quoique inexacte sur leur personne; et dans ce cas, les personnes inconnues ne sont pas considérées comme personnes incertaines. (V. *text. hic; Afric. fr.* 46, *h. t.*)

Au surplus, Justinien, ainsi que nous le verrons plus loin (§ 26 *et* 28, *de legat.*), a fini par lever toutes les prohibitions qui s'opposaient à l'institution des personnes incertaines et des posthumes, même externes (723; *pr., de bon. poss.*)

§ IV.

593. Rien ne gêne la volonté du testateur quant au nombre des héritiers qu'il institue. A la teneur formelle et précise de notre texte, nous ajouterons une seule observation, c'est que dans tous les cas et quel que soit le nombre des institués, ils sont tous appelés à toute l'hérédité, pour la recueillir entière, soit concurremment, soit l'un au défaut de l'autre. Le droit civil ne permet pas au testateur de mourir partie testat, partie intestat (§ 5, *h. t.*) ; et conséquemment aucune portion de l'hérédité ne peut être déférée à d'autres héritiers que les institués ; mais le testateur peut établir entre ces derniers tel partage que bon lui semble.

§ V.

594. La division généralement suivie (*plerumque*) partage l'hérédité en douze parties égales, et alors on l'appelle *as*, expression qui, chez les Romains, représente toujours l'unité, ou l'entier qu'il est question de partager.

Chaque douzième de l'as s'appelle *once*.

La réunion de plusieurs douzièmes ou onces forment, par rapport à l'*as*, des fractions qui pourraient être suffisamment désignées par leur nom numérique, comme deux, trois, quatre, cinq douzièmes, etc. Mais, comme, à l'exception des fractions de cinq, sept et onze douzièmes, toutes les autres peuvent se réduire à une expression plus simple, on a dû profiter de cette circonstance pour la facilité des calculs, et en conséquence :

2 onces 2/12 se réduisent à	1/6	ou *sextans*,
3 onces 3/12	1/4	. . *quadrans*,
4 onces 4/12	1/3	. . *triens*,
6 onces 6/12	1/2	. . *semis*,
8 onces 8/12	2/3	. . *bes*,
9 onces 9/12	3/4	. . *dodrans*,
10 onces 10/12.	5/6	. . *dextans*.

Le nom des quatres premières fractions ne doit causer aucun embarras, puisqu'il n'exprime en latin rien autre chose que le sixième, le quart, le tiers, la moitié. Pour exprimer huit onces ou les deux tiers, on devrait dire *bis triens* : ces deux mots contractés en trois lettres conservent le même sens ; *bes* signifie donc deux tiers. Quant aux trois quarts et aux cinq sixièmes, on n'exprime pas ce qu'ils contiennent, mais ce qui leur manque jusqu'à l'unité, c'est-à-dire un quart, un sixième. Ainsi l'expression latine correspond en français à celle-ci : *un quart moins*, *un sixième moins* que l'unité. En effet, *dodrans* n'est rien autre chose que le mot *quadrans* contracté avec le verbe *demo*, qui signifie retrancher, diminuer. Dans *dextans*, le même verbe contracté avec *sextans* indique suffisamment le retranchement d'un sixième.

En suivant la même marche, on a formé le mot *deunx* qui exprime onze douzièmes, ou le retranchement d'une once sur l'unité. Quant aux fractions de cinq et de sept douzièmes, elles n'ont point d'autre désignation que leur nom numérique, sauf la petite contraction des nombres *quinque* et *septem*, pour dire en un seul mot *quincunx* et *sept-unx*.

595. Cette division de l'as en douze onces est, comme nous l'avons fait remarquer, la plus ordinaire, ce qui indique assez qu'elle n'est point exclusive, et que le testateur peut en adopter une autre : quelquefois même on est obligé de lui supposer cette intention, pour concilier les dispositions du testament avec les règles du droit.

En effet, dans l'exemple de notre texte, le testateur qui institue un seul héritier *ex semisse*, a probablement voulu réserver l'autre moitié aux héritiers légitimes, et, s'il ne fallait examiner que la volonté du défunt, la chose s'exécuterait ainsi ; mais la faculté de tester d'après sa seule volonté, et spécialement de mourir partie testat, partie intestat, est un privilége réservé aux militaires (*text. hic ;* V. *Ulp. et Paul. fr.* 19 *et* 37, *de testam. mil.*). Tout autre testateur doit disposer de l'hérédité totale et lorsqu'il n'a distribué que six onces (*semissem*), les onces sont considérées comme des sixièmes, afin que l'hérédité ou l'as entier se trouve compris dans les six onces (*totus as in semisse erit*), ou dans tel autre nombre distribué par le testateur. (V. *Vinnius*, *hic*.)

§ VII.

Pareillement, si le testateur distribue entre plusieurs héritiers plus ou moins de douze onces, par exemple, s'il institue trois héritiers chacun pour trois onces (*ex*

quadrante), ou quatre héritiers chacun pour quatre onces (*ex triente*), l'hérédité contiendra au premier cas neuf onces, au second seize. Chaque héritier aura donc, dans le premier cas, 3/9 ou 1/3, et dans le second 4/16 ou 1/4.

Ces différens exemples supposent des parts égales; si elles ne l'étaient pas, la même marche donnerait à chaque fraction un accroissement ou un décroissement proportionnel. Ainsi, par exemple, entre deux héritiers institués l'un pour six onces, l'autre pour trois, on fera neuf onces, et le premier aura 6/9 ou 2/3, le second 3/9 ou 1/3. Réciproquement trois héritiers institués, le premier pour douze, le second pour six, le troisième pour deux onces, auront chacun le nombre d'onces qui leur est assigné; mais chaque once, au lieu de représenter un douzième, ne vaudra qu'un vingtième. (V. *Ulp. fr.* 13, § 3, 4, 5, 6 *et* 7, *h. t.*)

596. Jusqu'ici l'on a toujours supposé que, parmi les institués, il ne s'en trouve aucun dont la part n'ait été fixée par le testateur (*nec quisquam sine parte, etc.*); mais il peut arriver que le testament n'assigne de part à aucun des institués, ou n'en assigne pas à tous.

§ VI.

Au premier cas, ils sont réputés institués par égales portions (*text. hic*; V. *Ulp. fr.* 9, § 12, *h. t.*); toutefois si les parts sont égales, il n'y a pas toujours autant de parts que d'institués. En effet plusieurs héritiers institués conjointement, c'est-à-dire par une seule et même disposition collective, ne forment entre eux qu'une seule tête, et cela d'après l'intention présumée du testateur. Ainsi lorsqu'on a d'abord institué *Mævius*, ensuite *Seius* et *Titius*, l'hérédité se divise en deux moitiés, l'une pour Mévius seul, l'autre pour Seius et Titius concurremment. (*Cels. fr.* 59, § 2, *h. t.*)

597. Au second cas, c'est-à-dire lorsque les héritiers sont institués, les uns avec portion, les autres sans portion déterminée, les premiers prennent la part qui leur est attribuée; les autres le surplus, quelle qu'en soit la valeur (*ea.... pars.... quæ vacat*).

Mais qu'arriverait-il si les portions distribuées à quelques-uns des héritiers complétaient les douze onces de l'as? de quoi se composerait alors le surplus? De moitié, dit notre texte. Cette décision nécessite quelques explications.

Il est impossible de croire que le testateur aurait institué quelqu'un pour ne lui rien donner. Ainsi, par exemple, lorsqu'il a distribué douze onces à trois héritiers, et qu'il en reste un quatrième auquel rien n'est attribué, on suppose que le testateur a voulu faire plus de douze onces, afin que, outre la part des trois premiers, il reste encore une part quelconque pour le quatrième. Mais quelle est cette part, et combien d'onces le testateur a-t-il voulu faire? Observons ici que, bien que l'hérédité soit représentée par l'as, cependant lorsqu'un seul as serait insuffisant pour satisfaire à toutes les dispositions du testateur, alors, d'après l'intention présumée de celui-ci, l'hérédité se divise en autant d'as que besoin est pour obtenir une fraction vacante en faveur des institués dont la part n'a point été fixée.

Ainsi, quand le défunt a distribué moins de douze onces, on ne fait qu'un seul as, et les héritiers institués sans portions désignées n'ont que la part vacante, quelque faible qu'elle soit : mais au moment où les douze onces du premier as se trouvent épuisés, il devient indispensable de prendre sur un second as la portion de ceux à qui le testament n'en assigne aucune (*Papin. fr.* 78, § 2, *h. t.*); et alors, comme ils doivent avoir ce qui reste, et qu'il reste ce second as tout entier, il est évident qu'ils auront, dans ce cas, moitié juste de l'hérédité divisée en deux as ou vingt-quatre onces.

§ VIII.

598. Si, non content d'épuiser un premier as, le testateur l'avait excédé en distribuant plus de douze onces, l'excédant se prendrait sur le second as, et le surplus resterait aux héritiers institués sans portion déterminée; car on ne passe jamais à un troisième as tant qu'il reste quelque chose sur le second, et ainsi de suite. Lorsqu'on a distribué juste deux as ou vingt-quatre onces, trois as ou trente-six onces, ceux dont la part n'a point été déterminée auront, au premier cas, le troisième as ou un tiers, et au second, le quatrième as ou un

quart de toute l'hérédité. (V. *Ulp. fr.* 17, § 5, *h. t.*)

La division de l'hérédité en deux as se nomme *dupondium*, en trois as *tripondium*, etc.

Cette pluralité d'as n'est qu'une supposition nécessaire pour déterminer les parts non désignées par le testateur ; les portions une fois connues, on les réduit toutes à un seul as (*omnes ad assem revocantur*), et rien n'est plus simple que cette réduction. En effet, si le testament institue un premier héritier pour six onces, un second pour huit, et un troisième sans portion désignée, le premier aura, dans le *dupondium*, six vingt-quatrièmes, le second huit, le troisième dix ; ce qui se réduit, pour un seul as, à trois, quatre et cinq douzièmes.

§ IX.

599. Il nous reste à parler des différentes manières dont l'institution peut être modifiée.

Le texte nous l'annonce en peu de mots. L'institution peut être ou pure et simple, ou sous condition ; mais elle ne peut se faire à terme.

L'institution, et en général une disposition quelconque, est pure et simple lorsque le testateur laisse aux effets toute l'étendue, toute la généralité dont ils sont susceptibles d'après la loi et la nature de l'acte. Au contraire, si l'homme borne la durée des effets par la fixation d'un temps déterminé, ou s'il restreint leur généralité à tel ou tel cas particulier, l'acte cesse d'être pur et simple ; il est, dans la première supposition, à terme ; dans la seconde, conditionnel (600).

Le texte nous fournit des exemples de deux termes différens, dont l'un marque l'époque où doivent commencer les effets de l'institution, et l'autre l'époque où ils doivent cesser. L'un et l'autre sont incompatibles avec l'essence de l'institution, puisqu'en bornant ses effets le testateur aurait des héritiers testamentaires pour une époque, et n'en aurait point pour l'autre. Il mourrait donc partie testat, partie intestat ; ce qui, pour le temps comme pour les quantités, est impossible à tout autre qu'aux militaires. (*Tryph. fr.* 41, *de mil. test.*) Il est d'ailleurs constant en principe que l'hérédité et la qualité d'héritier une fois acquise ne peut être retirée (V. *Caius, fr.* 88, *h. t.*) ; et de là vient cet adage : *Semel heres, semper heres.*

L'institution à terme devrait donc être nulle, et le serait indubitablement sans la grande importance que les Romains attachaient à ne point mourir intestats. Ainsi, lorsqu'un testateur fait quelque disposition contraire aux règles du droit civil, on recourt à mille fictions pour valider le testament, même en outrepassant les intentions du défunt ; et cela, parce qu'aux yeux des Romains la volonté principale d'un testateur doit être d'avoir un testament : l'avoir de telle ou telle autre manière n'est qu'un objet secondaire. C'est ainsi que nous avons vu donner l'hérédité totale à celui qui n'est réellement appelé que pour partie (§ 5, *h. t.*). Pareillement ici, on la donne dès à présent et pour toujours à ceux que le testateur n'a institués que pour un temps déterminé ; tel est le but de la règle qui fait considérer le terme comme superflu, ou comme non écrit (*pro supervacuo, text. hic* ; V. *Papin. fr.* 34, *h. t.*).

Il en est de même pour la mention d'un objet particulier auquel le testateur aurait restreint l'institution d'un héritier. Cette mention est réputée non écrite, et l'institué reste héritier pur et simple (1).

600. Le terme apposé aux institutions d'héritier, et en général aux dispositions testamentaires, ne tend qu'à limiter la durée de leur effet, sans rendre moins certain l'effet dont chaque disposition est susceptible, d'après sa nature. La condition, au contraire, les subordonne à un événement dont elle les rend absolument dépendantes ; en sorte que l'institution est valable ou nulle selon que l'événement s'accomplit ou ne s'accomplit pas. En effet, quand le testateur, s'attachant au succès d'une expédition maritime, institue Titius pour le cas où tel navire arriverait à bon port, sa volonté est que, dans le cas contraire, Titius

(1) Du moins lorsqu'il est seul, parce qu'alors la validité du testament tient à celle de l'institution (V. *Ulp. fr.* 1, § 4 ; *fr.* 9, § 13, *h. t.*) ; mais lorsqu'il existe en outre une ou plusieurs institutions illimitées, ces dernières suffisent pour soutenir le testament : et les autres, nulles comme institutions, ne valent plus que comme legs de l'objet auquel le testateur les a restreintes. (V. *Papin. fr.* 41, § 8, *de vulg. et pupil.* ; *Justin. C.* 13, *h. t.*) La nomination d'un tuteur pour un objet spécial est entièrement nulle (225), parce que la validité du testament est indépendante de cette nomination.

ne soit pas institué. Il y a donc ici alternative entre deux extrêmes qui s'excluent réciproquement, alternative qui n'existerait pas si l'un de ces extrêmes était ou impossible, ou certain, ou déjà réalisé : aussi le fait auquel on subordonne une disposition quelconque ne la rend-il conditionnelle que lorsqu'il est tout à la fois possible, futur et incertain (1).

C'est ce caractère d'incertitude qui distingue la condition bien mieux que telle ou telle expression consacrée ; car il faut examiner la volonté du défunt plutôt que ses paroles. (*Papin. fr.* 101, § 2, *de cond. et dem.*) Ainsi, quoique le terme soit en général exprimé par les mots *quand, lorsque* (*quando, quum*), cependant l'institution faite pour le temps où telle personne se mariera (*tempore nuptiarum*), serait une institution conditionnelle (*Philip. C.* 8, *de testam. manum.*); en effet, le mariage peut ne pas se réaliser. Lors même qu'il s'agit d'un événement inévitable, on peut rester incertain sur la question de savoir s'il arrivera du vivant de la personne appelée à profiter de la disposition ; cette incertitude suffit encore pour rendre cette disposition conditionnelle (2).

Il est certaines conditions qui, lorsque le testateur les exprime, laissent néanmoins sa disposition pure et simple, et ne forment réellement point de véritables conditions : ce sont celles qui se trouvent tacitement comprises dans la loi ou dans la nature de l'acte. On les appelle conditions extrinsèques, par opposition à celles qui n'ont d'autre origine que le testament ou la volonté du testateur. (*Papin. fr.* 99, *de cond. et dem.*) Ainsi, par exemple, nul ne peut devenir mon héritier qu'en me survivant ; en instituant une personne, il est donc superflu d'ajouter que je l'institue *si elle me survit* (3). La chose ne pourrait pas être autrement ; la disposition est toujours aussi certaine qu'elle peut l'être, et qu'elle le serait sans cette addition : or ce qui ne la modifie pas la laisse nécessairement pure et simple.

601. Nous avons vu précédemment que, pour ne pas rendre le défunt partie testat et partie intestat, le terme ajouté à l'institution est considéré comme non écrit, et l'institué admis à l'hérédité, même avant l'époque fixée par le testateur ; il en est autrement à l'égard de la condition. On ne la répute non écrite que dans certains cas particuliers (602 ; V. § 10, *h. t.*), hors desquels la condition non accomplie empêche l'institué d'arriver à l'hérédité. Cette suspension ne déroge pas au principe *semel heres, semper heres*, parce qu'elle ne fait pas succéder l'institué aux héritiers légitimes : en effet, tant que la condition n'est pas accomplie, le défunt n'a aucun héritier, sa succession n'est pas ouverte ; en un mot, elle n'est déférée à personne tant que l'événement de la condition reste incertain. (*Ulp. fr.* 13, *de adq. vel omitt.*; *fr.* 21, § 2, *eod.*) Mais si l'ouverture de l'hérédité se diffère jusqu'à l'accomplissement de la condition, pourquoi ne serait-elle pas également différée jusqu'à l'échéance du terme, et pourquoi dans ce dernier cas résister à la volonté expresse du défunt, en la considérant comme non écrite ? Vinnius cherche une raison de différence dans l'effet rétroactif qu'il attribue à la condition, et qui ne peut s'appliquer au terme. Il est vrai que la condition accomplie rétroagit dans les obligations, en ce sens qu'elle a toujours le même effet, soit qu'elle s'accomplisse avant ou après la mort des contractans, parce que l'obligation conditionnelle survit au créancier comme au débiteur, et passe à leurs héritiers (§ 4, *de verb. obl.*; § 25, *de inutil. stip.*) ; mais il en est autrement des dispositions testamentaires : celui en faveur de qui elles sont faites ne transmet jamais rien à ses propres héritiers, lorsqu'il décède avant l'accomplissement de la condition. (V. *Ulp.* 24, *reg.* 31 ; *fr.* 5, *quando dies*

(1) Lorsqu'une chose est impossible, le contraire est toujours certain ; voyez toutefois le § suivant. Par la même raison, les événemens passés ou présens, déjà fixés et invariables dans l'ordre des choses, ne font jamais condition. (*Ulp. fr.* 10, § 1, *de condit. instit.*) Voyez à cet égard le § 6 *de verb. oblig.*

(2) Le legs subordonné, par exemple, à la mort de l'héritier institué, à la mort d'une personne autre que le légataire, est un legs conditionnel ; effectivement cette mort, quelque inévitable qu'elle soit, peut arriver avant ou après celle du légataire. (*Pompon. fr.* 1, § 2 ; *Papin. fr.* 79, § 1, *de cond. et dem.*; *Ulp. fr.* 4, *quando dies legat.*; *Paul. fr.* 12, § 1, *de legat.* 2°) Tel est le sens de la règle DIES INCERTUS CONDITIONEM IN TESTAMENTO FACIT (*Papin. fr.* 75, *de condit. et dem.*), règle qui ne s'applique point aux obligations. V. le § 4, *de verb. obl.*, et son explication.

(3) Pareillement les legs ne peuvent valoir qu'autant que l'institué devient héritier ; et lorsque le testateur, après avoir institué Titius, le charge d'un legs, il est inutile d'ajouter qu'il l'en charge pour le cas où il deviendrait héritier. Cette addition ne rendrait pas le legs conditionnel. (*Pompon. fr.* 12, § 1, *quando dies legat.*)

legat.; *fr.* 59, *de cond. et demonst.*) Aussi l'effet rétroactif de la condition apposée aux actes de dernière volonté n'est-il établi par aucun texte (1); et les preuves ne nous manqueront pas (604) pour établir la différence qui existe à cet égard entre les obligations et les dispositions testamentaires. (V. § 4, *de verb. obl.*) Mais je dois convenir aussi qu'il ne me reste aucun moyen d'expliquer pourquoi l'institué est obligé d'accomplir la condition, tandis qu'il est dispensé d'attendre le terme. Serait-ce parce que ce dernier donne un droit certain, et parce qu'alors on croit pouvoir éviter une inutile suspension? Ce motif est un de ceux qu'indique Vinnius.

§ X.

602. Il y a plusieurs espèces de conditions. On les divise surtout en potestatives, lorsqu'elles dépendent du fait de la personne appelée à profiter de la disposition, et casuelles, lorsqu'elles dépendent du hasard ou du fait d'autrui : enfin on appelle mixtes celles qui sont à la fois casuelles et potestatives. Telle serait, par exemple, la condition imposée à Seius d'épouser Titia, cet événement ne pouvant s'accomplir que par le concours de deux volontés, dont une, celle de Titia, est indépendante de l'institué Seius. Les conditions potestatives, quoique non accomplies, sont néanmoins considérées comme réellement exécutées, par cela seul que leur exécution n'est plus au pouvoir de l'institué. Ainsi, par exemple, lorsqu'une disposition testamentaire est faite sous la condition d'affranchir un esclave, il suffit que cet esclave décède pour que la disposition ait son effet. (*Pompon. fr.* 54, § 2, *de legat.* 1°.) On est moins facile pour les conditions mixtes, comme celles d'épouser ou d'adopter une personne déterminée. Le refus de cette personne ferait considérer la condition comme accomplie; mais il n'en serait pas de même de sa mort. (*Afric. fr.* 31, *de cond. et dem.*; *Paul.* et *Julian. fr.* 3 et 11, *de cond. inst.*; *Alex. C.* 4, *de cond. insert.*). Du reste, toute condition, même la condition casuelle, est réputée accomplie, lorsqu'elle a manqué de l'être par le fait de celui à qui doit profiter le défaut d'accomplissement. (*Julian. fr.* 24, *de cond. et dem.*; *Paul. fr.* 81, 1, *eod.*)

Il est encore plusieurs autres divisions (V. *Paul. fr.* 60, *de cond. et dem.*; *Mæcian.*, *fr.* 91, *eod.*), parmi lesquelles on rapporte improprement celle des conditions possibles et impossibles. Il n'y a point de condition impossible (599); cependant, et par abus, on appelle ainsi toutes celles que l'on ferait consister dans un événement contraire à l'ordre physique des choses. Ce qui dépend d'un pareil événement ne se réalise jamais; cela est évident : aussi, toute obligation contractée sous une condition impossible est-elle absolument nulle (§ 11, *de inutil. stip.*). Il en serait de même pour les dispositions testamentaires, si l'on ne prenait soin d'effacer la condition impossible : considérée comme non écrite, elle cesse de nuire à la disposition qui reste pure et simple. (*Ulp. fr.* 3, *de cond. et dem.*; *fr.* 1, *de cond. instit.*) Il serait peut-être difficile de trouver une raison satisfaisante de cette singulière différence entre les dispositions testamentaires et les obligations, différence que n'admettaient point les Proculéiens, mais que l'autorité des Sabiniens a fait prévaloir dans la compilation justinienne. (V. *Caius*, 3 *inst.* 98; *Mæcian. fr.* 31, *de obl. et act.*; § 11, *de inutil. stip.*, 1012.)

On considère comme moralement impossible la condition de faire une chose contraire aux lois et aux mœurs. (*Papin. fr.* 15, *de cond. inst.*) Cette condition est aussi regardée comme non écrite, et la disposition reste pure et simple. (*Pomp. fr.* 7; *Marcian. fr.* 14, *eod.*) *Voyez* toutefois le § 36 *de legatis* (740).

(1) On cite Pomponius (*fr.* 26, *de condit. inst.*), mais bien mal à propos : il s'agit d'un pupille qui ne peut devenir héritier sans autorisation de tuteur (V. § 1, *de auct. tut.*), et Pomponius décide que cette autorisation ne sera pas nécessaire pour accomplir la condition sous laquelle le pupille est institué; en effet, continue le jurisconsulte, l'accomplissement de la condition le place dans la même position où l'aurait mis une institution pure et simple (*quasi pure et hereditas vel legatum relictum sit*). L'institution pure et simple défère l'hérédité; mais l'hérédité déférée n'est pas encore acquise : elle peut donc être déférée au pupille sans l'autorisation de son tuteur; c'est ce qui arrive par l'accomplissement de la condition. La décision de Pomponius n'est qu'une conséquence de ce principe établi par Julian (*fr.* 13, *eod.*), que pour devenir héritier il ne suffit pas de remplir la condition, mais qu'il faut en outre faire ce que l'on fait ordinairement pour acquérir l'hérédité. (V. *Ulp. fr.* 42, § 3; *Javol. fr.* 62, *de adq. vel omitt. her.*

§ XI.

603. Ici notre texte énonce, d'après Paul (*fr.* 5, *de cond. inst.*), une règle générale pour tous les cas où il n'existe aucune raison de croire que l'intention du testateur n'est pas conforme à ses expressions; mais lorsque l'intention est évidemment contraire, on attribue à la copulative ET un sens alternatif, et réciproquement à la disjonctive OU (*vel, aut*) un sens conjonctif, plutôt que de sacrifier la volonté constante du testateur au sens ordinaire des mots. (*Julian. fr.* 13, § 6, *de reb. dub. Scævol. fr.* 85, *de hered. inst.*; V. *Justin. C.* 4, *de verb. signif.*)

604. Le testateur, qui choisit ses héritiers, est libre de leur imposer telles conditions que bon lui semble; mais il n'a pas la même latitude à l'égard du fils qui serait sous sa puissance. Ce dernier, ainsi que nous l'avons vu, doit être expressément déshérité ou institué, de manière que son sort soit toujours réglé par une disposition précise. Cela n'empêche pas qu'il ne puisse être déshérité ou institué sous condition, du moins lorsqu'elle est potestative (*Ulp. fr.* 4, *h. t.*): quant aux institutions ou exhérédations faite sous une condition casuelle, il faut, pour qu'elles puissent valoir, que le fils survive à l'événement; autrement, si la condition ne se réalise qu'après sa mort, le fils n'ayant été ni institué ni déshérité pendant sa vie, ne l'aura jamais été, et le testament restera nul. (V. *Terent. Clem. fr.* 22; *Paul. fr.* 24, *de liber. et post.*)

Lorsque le testateur, prévoyant tout à la fois l'accomplissement et le non accomplissement d'une condition casuelle, institue son fils pour un cas, en le déshéritant pour l'autre, il règle toutes les hypothèses, et cette précaution semblerait devoir garantir le testament, par exemple, lorsqu'on aurait dit: *Si tel navire revient, mon fils sera héritier; sinon, il sera déshérité.* Cependant le sort du fils n'est réellement pas déterminé: institué sous une condition, et déshérité sous une autre, il ne sera véritablement institué qu'au retour du navire, et véritablement exhérédé qu'à l'époque où il deviendrait certain que le vaisseau n'arrivera pas. S'il meurt dans cette alternative, il aura vécu sans avoir jamais été ni institué ni déshérité: dans ce cas, le testament est nul; et le défunt intestat (1).

Il est donc impossible, à l'égard du fils, de garantir absolument la validité d'une institution ou d'une exhérédation faite sous une condition indépendante de sa volonté; et c'est en ce sens que Julian et Ulpien (*fr.* 3, § 1, *cod.*; *fr.* 4, *h. t.*) disent qu'elles doivent être faites purement et simplement.

Pareillement, à l'égard d'un posthume, l'institution ou l'exhérédation conditionnelle n'empêche la rupture du testament qu'autant que la condition s'accomplit avant la naissance. (*Terent. Clem. et Paul. d. fr.* 22 et 24.)

TITRE XV.

DE LA SUBSTITUTION VULGAIRE.

605. Nous avons déjà parlé de l'importance que les Romains attachent à ne point mourir intestat. Le choix d'un ou même de plusieurs institués n'offre pas une entière garantie; car il arrive souvent qu'ils ne peuvent pas, et souvent aussi ne veulent pas devenir héritiers. Alors à l'institution principale on subordonne, pour la suppléer, une institution subsidiaire, qui peut à son tour être suppléée par une autre, et ainsi de suite (*il quantum velit*).

Cette série d'institutions ne préserve pas entièrement le testateur contre le refus des institués ou contre les événemens postérieurs qui les rendraient incapables d'hériter; mais elle diminue les risques en augmentant le nombre des institués. Il est même certaines personnes dont le refus n'est jamais à craindre, parce qu'elles deviennent héritiers nécessaires. Tels sont

(1) *Tryphon, fr.* 28, *de liber. et post.* Pareillement un legs laissé, soit que tel événement arrive ou n'arrive pas (*sive illud factum fuerit, sive non fuerit*), ne serait qu'une disposition conditionnelle, incertaine, et conséquemment caduque, si le légataire décédait pendant l'alternative. (*Pompon. fr.* 13, *quando dies legat.*) Cependant il est indubitable que l'événement se réalisera d'une manière ou de l'autre; mais il n'est pas certain qu'il se réalise avant la mort du légataire. L'époque où la condition s'accomplit est donc ici fort importante. Pourquoi a-t-elle, dans les dispositions testamentaires, une importance qu'elle n'a point dans les obligations? Il faut le dire avec Cujas (sur le *fr.* 18 *de regul. jur.*): CONDITIONEM LEGATI NON RETROTRAHI AD TEMPUS MORTIS.

notamment les esclaves du testateur : aussi est-il prudent d'en choisir un pour l'instituer en dernier lieu, *novissimo loco*, dit notre texte. Toutefois rien n'empêche de donner à l'esclave qu'on institue un rang plus favorable, et même le premier rang (*pr., de hered. inst.*) : dans ce cas l'esclave institué par son maître recueille l'hérédité par préférence à tous les institués postérieurs, si le défunt est solvable; car, dans le cas contraire, la loi Ælia Sentia, qui permet d'affranchir un esclave pour le rendre héritier nécessaire, ne le permet qu'à défaut de tout autre institué, même d'un ordre postérieur (84). Ainsi, à quelque rang que l'esclave soit institué, la loi, dans ce cas, le rejette toujours au dernier.

606. L'ordre qu'un testateur établit entre différens héritiers qu'il institue, forme ce que notre texte appelle ici degré (*gradus heredum*). Celui ou ceux qui, ne suppléant personne, sont eux-mêmes suppléés par d'autres, occupent le premier degré; ceux qui suppléent les institués du premier degré occupent le second, et ainsi de suite, en observant que ce n'est pas la place où chacun est écrit dans le testament qui détermine les degrés, mais bien la volonté du testateur et la condition qu'il appose (1). Les héritiers institués au premier degré, sont les institués proprement dits; les autres se nomment substitués. (*Modest. fr.* 1, *de vulg. et pup.*) Toutes les substitutions sont des institutions conditionnelles, et leur effet varie comme les conditions dont elles dépendent. On peut assez commodément classer les différentes substitutions, d'après le cas ou la condition qui les régit : aussi distingue-t-on la substitution au premier cas, et la substitution au second cas. (*Diocl. et Max. C.* 8, *de impub. et al. subst.*)

Nous parlons dans ce titre de la substitution au premier cas, autrement dite substitution vulgaire, parce que c'est la plus commune, et qu'elle peut être faite par tout testateur et pour tout institué, sans distinction : il en est autrement de la substitution au second cas, ou pupillaire, dont s'occupe le titre suivant.

La substitution vulgaire n'a d'autre but que de suppléer une institution préalable, lorsque celle-ci ne produit pas son effet : aussi le substitué n'est-il institué qu'au défaut d'une autre personne, sous la condition que celle-ci ne deviendra point héritier (*si heres non erit*); condition générale que l'opinion commune considère comme remplie toutes les fois que l'institué ne vient pas à l'hérédité, soit parce qu'il ne veut pas, soit parce qu'il ne peut pas la recueillir. Toutefois cette condition doit, comme toute autre, s'interpréter d'après la volonté du testateur (V. *Ulp. fr.* 19, *de cond. et dem.*), et nous verrons en effet qu'elle se prend quelquefois en différens sens, selon les différentes qualités de l'héritier institué. (*Vinnius, hic, n*os 3 *et* 4.)

§ IV.

607. Le but de la substitution vulgaire et la condition qui la régit indiquent assez que l'institué et son substitué ne doivent pas concourir : aussi la substitution s'évanouit-elle aussitôt que l'institué acquiert l'hérédité pour lui-même (*Gordian. C.* 5, *de imp. et al.*) ou pour autrui (*Paul. fr.* 7, *de adq. vel omitt. hered.*), d'après les règles qui seront exposées plus tard (587, 678).

Le premier cas ne peut laisser aucun doute, puisque c'est l'institué même qui devient héritier, et par là fait défaillir l'institution conditionnelle du substitué; mais, lorsqu'on a institué l'esclave d'autrui, ce n'est pas l'institué même qui devient héritier, c'est le maître par ordre duquel il accepte (*per eum dominus fit heres*, § 1, *de hered. inst.*). La condition *si heres non erit* paraîtrait donc accomplie au profit du substitué.

A cet égard, et lorsqu'il s'agit d'interpréter le sens de la condition, il faut chercher l'intention du testateur. (*Ulp. fr.* 19, *de condit. et dem.*) Or, celui qui institue des esclaves sait ou doit savoir que l'hérédité peut arriver par eux à leur maître : en prévoyant le cas où l'institué ne deviendrait point héritier (*si heres non erit*), on a donc voulu parler du cas où l'hérédité ne serait point acquise par lui comme il peut et doit l'acquérir, c'est-à-dire à lui-même s'il devient libre, ou à son maître s'il reste esclave, *si neque ipse heres erit*,

(1) Ainsi dans un testament où l'on aurait dit : *Titius, soyez mon héritier si Seius ne l'est pas*, et plus bas : *Seius, soyez mon héritier*, il est évident que Seius serait au premier degré, Titius au second. (*Ulp. fr.* 28, *de hered. inst.*)

neque alium heredem effecerit (*text. hic*). Prise en ce sens d'après l'intention du testateur, la condition *si heres non erit* manque d'accomplissement dès que l'institué accepte par ordre de son maître, et alors le substitué se trouve exclu, du moins lorsque le testateur a su qu'il instituait un esclave.

Au contraire, dans l'intention de celui qui aurait cru instituer un père de famille, la condition *si heres non erit* n'a plus le même sens. Alors, en effet, l'on n'a point en vue le maître actuel d'une personne que l'on considère comme *sui juris* : si l'on peut se figurer l'institué soumis à une puissance étrangère, c'est à une puissance future, sous laquelle il n'est pas lors de l'institution, mais sous laquelle il tomberait ultérieurement en devenant esclave. Pour faire défaillir la condition *si heres non erit* interprétée dans ce sens, il faudrait donc que l'institué acceptât comme le testateur a prévu qu'il pourrait accepter, savoir, pour soi-même (*vel sibi*), ou pour le maître que lui aurait donné un esclavage postérieur à la confection du testament. Dans l'hypothèse de notre texte, ce n'est ni l'un ni l'autre. L'esclave institué par un testateur qui le croyait libre, n'est pas devenu esclave depuis la confection du testament; en acquérant l'hérédité à son ancien maître, il ne l'acquiert pas comme l'a entendu le testateur; dès lors la condition *si heres non erit* est accomplie. Le substitué appelé sous cette condition doit donc venir à l'hérédité. Il y vient en effet, mais pour une portion seulement (1), parce qu'il concourt avec le maître de l'institué (*text. hic*; *Julian. fr.* 40, *de hered. inst.*).

Ce concours est d'autant plus remarquable, que les raisonnemens admis par notre texte et par Julien (*d. fr.* 40) pour justifier l'admission du substitué d'après l'intention du testateur sembleraient, d'après cette même intention, exclure le maître de l'institué; et néanmoins Julien et Justinien présentent le concours comme la conséquence de leurs argumens en faveur du substitué. Il importe, je crois, d'observer ici que les textes, en parlant de l'adition que l'institué fait par ordre de son maître, n'élèvent pas le moindre doute sur la validité de cette adition : en effet, rien n'empêche d'instituer un esclave; et l'acquisition de l'hérédité par cet esclave à son maître est la conséquence régulière des principes admis par le droit civil. Nul doute alors que le maître soit héritier : aussi Julien et Justinien ne cherchent-ils pas à l'exclure, quoiqu'ils admettent un autre héritier ; celui-ci ne peut donc que s'adjoindre au premier, et concourir avec lui, comme une personne instituée conditionnellement concourt après l'événement de la condition avec une autre personne instituée purement et simplement. Ainsi l'intention du défunt n'obtient ici qu'un effet partiel : ce n'est donc pas cette intention seule qui règle la décision de notre texte. Cela est tellement vrai, que la même difficulté, lorsqu'elle est réduite à une question de volonté (*voluntatis questio*) se résout, suivant les circonstances qui interprètent cette volonté, par l'admission du substitué à toute l'hérédité, ou par son exclusion totale. Telle est la décision d'Alexandre Sévère. (*C.* 3, *de hered. inst.*) Mais pourquoi ce principe accorde-t-il à la volonté ce que lui refusent Julien et Justinien? parce que Sévère statue sur un testament militaire qui n'est régi par aucune autre loi que la volonté du testateur. Ici, au contraire, il s'agit d'un testament soumis à toutes les conséquences du droit civil. On admet le substitué parce que telle est l'intention du défunt, mais on n'exclut pas le maître de l'institué, quoiqu'il arrive par une combinaison étrangère à cette même intention (2).

(1) *In partem admittitur*, c'est-à-dire pour moitié, comme l'interprètent Théophile, Cujas, Vinnius, Ev. Otton, Jacques Godefroy, d'après le sens ordinaire du mot portion (*Ulp. fr.* 164, § 1, *de verb. sign.*), quoique certains auteurs prétendent établir un partage inégal. Ils se fondent sur l'équivoque d'une leçon corrompue ou d'une espèce mal posée dans le texte de Julien (*fr.* 40, *de hered. inst.*), pour attribuer les trois quarts de l'hérédité à l'un des copartageans; mais auquel? Sur ce point ils ne s'accordent plus.

(2) On peut ajouter plusieurs exemples à celui que donne notre texte. Un esclave appartenant à plusieurs maîtres est institué par un étranger, et accepte par ordre de l'un de ses maîtres seulement. Dans ce cas, la condition *si heres non erit* est accomplie, et le substitué appelé sous cette condition vient à l'hérédité. (*Scævol. fr.* 48, *de vulg. et pup.*) Observez qu'alors il concourt et partage avec celui des deux maîtres par ordre duquel l'esclave institué a fait adition; car l'hérédité, ainsi acceptée, est acquise à ce maître. (V. *Ulp. fr.* 67, *de adq. vel omitt. her.*)

Caius (2 *inst.* 177) et Ulpien (22 *reg.* 34) supposent que le testateur aurait ordonné à l'institué de se porter héritier, dans un délai déterminé, par un mode d'acceptation solennelle qui s'appelle crétion (673), et aurait appelé un substitué pour le cas où l'institué ne ferait pas cette crétion. Celui-ci négliga cette solennité, et recueille l'hérédité par un autre genre d'ac-

Il semblerait résulter de là que la volonté du testateur, toute puissante pour instituer et déférer l'hérédité, reste sans aucune influence sur les suites ultérieures de cette institution, notamment sur la question de savoir à qui l'institué pourra conférer la qualité d'héritier. Il la confère ici à son maître; et ce résultat, quoique contraire à la volonté du testateur, ne l'est pas plus que celui qui tantôt défère l'hérédité entière aux personnes instituées seulement pour partie (695), tantôt maintient la validité des dispositions que le testateur a voulu révoquer (632; § 7, *quib. mod. test. inf.*), et tantôt infirme celles qu'il a voulu maintenir (631; § 3, *eod.*).

§ I.

608. Nous avons maintenant à examiner différentes manières de faire la substitution. Leur combinaison dépend absolument de la volonté du testateur : toutefois Justinien rapporte ici, d'après Marcien (*fr.* 36, § 1, *de vulg. et pub.*), quatre exemples dont trois n'offrent aucune difficulté. Remarquons seulement le dernier, où l'on suppose une substitution réciproque des institués, ce qui arrive lorsque le testateur, après avoir désigné tous ceux qu'il institue, ajoute (*eosque omnes in vicem substituo*) qu'il les substitue tous l'un à l'autre, ou qu'il substitue (*quisquis sibi heres esset*) ceux qui deviendront héritiers à ceux qui ne le deviendraient point. (V. *Papin. fr.* 23, *eod.*; *Caius, fr.* 5, *eod.*)

De l'une ou de l'autre façon, lorsque l'un des institués vient à manquer, sa place est remplie par ceux des autres qui seraient eux-mêmes devenus héritiers du testateur, et qui existeraient encore, sans admettre jamais les héritiers d'un institué décédé. (V. *Papin. d. fr.* 23; *Paul. fr.* 45, § 1, *eod*; *voyez* au titre suivant l'explication du § 7).

En effet, le bénéfice de la substitution est personnel comme celui de l'institution, et dès lors il ne peut profiter à une personne qui déjà n'existerait plus. Sous ce rapport, la substitution réciproque diffère du droit d'accroissement qui, réunissant la portion restée vacante aux portions recueillies, augmente non-seulement la part des survivans, mais aussi la part qu'un héritier décédé aurait recueillie et transmise ensuite dans sa propre succession. (*Cels. fr.* 59, § 7, *de hered. inst.*; V. § 4, *de sc. orphit.*)

Au moyen de la substitution réciproque, il n'existe plus de part vacante, et le droit d'accroissement se trouve exclu par les dispositions mêmes du défunt. (*Paul.* 4 *sent.* 8, § 26; *Ulp. fr.* 2, § 8, *de b. p. sec. tab.*)

§ II.

609. Nous venons de voir les personnes à qui la substitution réciproque défère les portions vacantes. On examine ici comment, en cas de concours, cette portion sera divisée entre ceux qui la recueillent concurremment, et l'on décide qu'ils ont dans la substitution la même part qu'ils ont eue dans l'institution, pourvu toutefois que le testateur n'ait point fait une nouvelle distribution de parts (*nullam mentionem partium in substitutione habuerit*), ou manifesté une intention évidemment contraire. (*Ulp. fr.* 24, *de vulg. et pup.*)

Ainsi, par exemple, un testateur institue trois héritiers, le premier pour une once, le second pour huit, le dernier pour trois : celui-ci refuse. Sa portion, qui aurait été de trois onces, ou un quart, se partagera en neuf parties, dont une pour le premier institué, et huit pour le second. (*Ulp. d. fr.* 24.)

De là cette présomption générale, que les parts exprimées dans l'institution sont tacitement répétées dans la substitution (618).

§ III.

610. Un testateur institue deux héritiers: au premier il substitue le second, sans réciprocité; et au second, un troisième individu non institué. Notre texte décide que ce dernier aura non-seulement la part du second auquel il est expressément substitué, mais encore celle du premier; en supposant, bien entendu, que ni le premier

ceptation. Il est donc héritier; mais il est vrai aussi que le défaut de crétion accomplit la condition imposée au substitué : celui-ci doit donc venir à l'hérédité. Il y vient en effet par la volonté du testateur, mais pour concourir avec l'institué qui reste héritier malgré cette volonté. Pour exclure celui qui devait faire crétion et qui ne la fait pas, il aurait fallu déclarer expressément que dans ce cas il serait exhérédé. (V. *Caius*, 2 *inst.* 184 *et seq.*; *Ulp.* 22 *reg.* 25 *et seq.*)

ni le second ne viendront à l'hérédité.

Mais à quel titre le troisième prendra-t-il la part du premier ? En vertu d'une substitution tacite, qui résulte de ce que le troisième étant substitué au second, et le second au premier, le troisième se trouve par là substitué au premier (*Julian. fr.* 27, *de vulg. et pup.*; *Papin. fr.* 41, *eod.*) : d'où l'on tire cette règle, que le substitué est aussi celui de l'institué.

On ajoute qu'il recueillera les deux portions sans distinction (*sine distinctione*) : il paraît en effet que l'on examinait autrefois d'abord dans quel ordre les deux substitutions se trouvaient écrites, ensuite laquelle s'était ouverte la première; et pour que le troisième, substitué au second, fût réputé substitué au premier, on voulait que la substitution du second au premier, précédant à tous égards celle du troisième au second, eût été la première écrite et la première ouverte. L'ouverture de la substitution s'entend ici de l'époque où l'on acquiert la certitude que l'institué ne deviendra point héritier : c'est l'accomplissement de la condition *si heres non erit*, et dès lors le substitué est admis à remplacer l'institué, par exemple, lorsque celui-ci décède, ou répudie l'hérédité. Ainsi en cas de mort ou de répudiation, celle du premier institué devait avoir précédé celle du second : autrement le troisième n'aurait pas recueilli la part du premier, parce que cette part semblait ne pouvoir être déférée au troisième qu'après s'être confondue dans la part du second, et comme partie intégrante de celle-ci. Les empereurs Sévère et Antonin ont supprimé ces anciennes distinctions, du moins pour la substitution vulgaire (*Papin. fr.* 41, *de vulg. et pup.*); car un texte de Scævola, conservé au digeste (*fr.* 47, *eod.*), laisse plusieurs doutes relativement à la substitution pupillaire. (V. *Vinnius, hic* n° 2.)

611. On pourrait demander quel est l'intérêt de toute cette question, et si la chose ne revient pas au même par l'effet du droit d'accroissement, indépendamment de toute substitution tacite du troisième au premier? Il est certain, en effet, que le troisième resté seul parmi ceux qu'appelait le testament, et recueillant à titre de substitution la part du second, ne peut pas manquer d'y joindre celle du premier, qui, restée vacante, ne pourrait appartenir à aucun autre sans rendre le défunt partie testat, partie intestat. (V. § 5, *de hered. inst.*)

Avant Justinien, il importait au substitué d'être considéré comme tel à l'égard de toutes les portions, parce que le droit d'accroissement était alors restreint par la loi Papia Poppea, dont une disposition attribuait au fisc les parts quasi caduques; c'est-à-dire tout ce qui était devenu vacant soit avant le décès du testateur, soit dans l'intervalle entre son décès et l'ouverture du testament. Or, la substitution empêchait la caducité.

Les lois caducaires (1) ont été supprimées par Justinien (*C. de cad. toll.*), et néanmoins la règle que nous avons tirée de notre texte (610) se trouve encore applicable; mais, pour en trouver l'application, il faut supposer qu'au lieu de deux héritiers le testateur en aurait institué trois au moins : au premier il substitue le second, au second une quatrième personne non instituée. Si le premier et le second viennent à manquer, le quatrième recueillera seul, à titre de substitution, la part du second et celle du premier, qui, à défaut de substitution tacite, se trouverait vacante, et se diviserait, par droit d'accroissement, entre le troisième institué et le substitué du second (2).

TITRE XVI.

DE LA SUBSTITUTION PUPILLAIRE.

PR.

612. Un père de famille craignait la mort ab intestat non-seulement pour lui, mais aussi pour les enfans qui devaient lui survivre : on avait surtout à craindre qu'ils décédassent avant de pouvoir tester, par exemple avant l'âge de puberté. Dans ce cas, et pour qu'ils ne mourussent pas in-

(1) C'est le nom que l'on donnait aux parties de la loi Papia Poppea qui concernent les dispositions caduques; elle fut portée l'an de Rome 762.

(2) Cette interprétation est celle de Vinnius. *Voyez* sur le même sujet une dissertation de Delmseux, ancien professeur à Dijon. On la trouve à la suite des anciennes éditions de son *Compendium*.

testats, il n'y avait d'autre parti à prendre que de tester pour eux; en effet, l'usage (*moribus institutum*) autorise le père de famille à faire le testament des enfans impubères qu'il a sous sa puissance (*text., hic in fin.*).

Ainsi le testateur qui aurait des fils de famille impubères peut les instituer; et, dans la prévoyance du cas où ils ne recueilleraient pas son hérédité (*si heredes ei non extiterint*), leur donner, comme on l'a vu au titre précédent (*ut supra diximus*), un substitué vulgaire, qui les remplacerait et deviendrait héritier de l'ascendant testateur (*alius ei sit heres*). Jusqu'ici le père ne fait encore que son propre testament; il commence celui des fils de famille lorsque, prévoyant le cas où ces derniers, après avoir recueilli l'hérédité paternelle (*si heredes ei extiterint*), décéderaient impubères (*et ante pubertatem decesserint*), il institue un ou plusieurs héritiers qui succéderont non plus à lui, mais à eux (*ipsi filio fit heres substitutus*).

Le testament des fils de famille impubères, ainsi fait par le testateur à la puissance duquel ils se trouvent soumis, forme la substitution dite au second cas ou pupillaire. (V. *Diocl. et Max. C.* 8, *de impub. et al. subst.*) En effet, ce n'est pas pour tous les fils de famille que le père peut faire cette substitution, mais seulement pour ceux qui ne doivent retomber sous aucune autre puissance, et que sa mort laissera pupilles, c'est-à-dire *sui juris*, et impubères (*Pompon. fr.* 239, *de verb. sign.*). On leur donne un héritier dans le même cas où, d'après les règles exposées au premier livre (§ 3, *de tutel.*), on leur nomme un tuteur. Si le testateur substitue ainsi à d'autres descendans qui, bien que fils de famille, ne sont pas sous sa puissance immédiate, ce n'est que pour le cas où ils y arriveraient de son vivant; et dans ce cas il faut les déshériter ou les instituer expressément pour que leur quasi-agnation ne rompe point le testament paternel, dont la chute entraînerait celle du testament pupillaire. (*Ulp. fr.* 2, *de vulg. et pup.*; § 5, *h. t.*)

§ II.

613. On voit aisément que toute substitution pupillaire suppose toujours deux testamens, celui du père et celui du fils de famille (*alterum patris, alterum filii*), et ce dernier est considéré comme fait par le pupille lui-même (*tanquam ipse filius sibi heredem instituisset*). Cela suppose nécessairement, dans la personne dont on fait le testament, le droit d'en avoir un, sinon actuellement, du moins à la mort du testateur; et ce droit, autrement dit faction de testament, n'était primitivement accordé qu'aux seuls pères de famille. Aussi me paraît-il certain que, dans la substitution pupillaire, la faculté accordée au père n'est que l'exercice anticipé du droit d'autrui. La faction de testament appartiendra au fils de famille dès qu'il deviendra *sui juris* par le décès de son père; c'est aussi pour le moment de son décès, pour l'époque à laquelle se réfère son propre testament, que le père exerce le droit futur de ses enfans, et pour cela il profite de la puissance actuelle et viagère qui les unit à lui. Aussi la substitution pupillaire doit-elle être faite par le père de famille, pour les impubères qui, se trouvant sous sa puissance à l'époque où il fait la substitution, et en outre à l'époque de sa mort (1), deviendraient alors pupilles (V. *pr.*, *h. t.*; *Ulp. fr.* 2, *de vulg.*; *Papin. fr.* 41, § 2, *eod.*). Ainsi la substitution pupillaire ne peut être faite ni pour les pubères, ni pour les émancipés même par le père, ni dans aucun cas par la mère, par les ascendans maternels ou par les étrangers (§ 9, *h. t.*).

614. La substitution pupillaire, comme nous l'avons dit en répétant les expressions du texte, suppose deux testamens, ou du moins un testament double dans son objet, puisqu'il dispose de deux hérédités (*duarum causarum*); ce qu'il faut remarquer pour entendre d'autres textes qui considè-

(1) Cependant, et malgré le texte formel du *pr.* (*liberis... quos in potestate habet*), on a soutenu qu'il suffirait d'avoir eu le pupille sous sa puissance à l'époque de la mort, et ce par une fausse interprétation du texte d'Ulpien (*fr.* 2, *h. t.*), où il s'agit d'un testateur qui institue un pupille étranger, l'adopte, et ensuite lui substitue pupillairement. A la vérité, le pupille n'était pas sous la puissance du testateur à l'époque où il a fait son propre testament, mais il y était à l'époque de la substitution; car le père, après avoir fait son propre testament, n'est pas obligé de faire incontinent la substitution pupillaire. (*Pompon. fr.* 16, § 1, *eod.*; V. *Vinnius*, *spr.*, *h. t.*, nos 3 et 4.) Il est de principe, en effet, dans les dispositions testamentaires, que la capacité du disposant doit avoir existé, pour la validité de l'acte, au moment où l'on agit, et, pour son effet, au moment de la mort. (V. § 4 *de hered. qual.*)

rent le testament du père et celui du fils comme ne faisant qu'un. (*Ulp. fr.* 20, *de vulg. et pup.*) Tout dépend du rapport sous lequel on envisage la substitution pupillaire : elle suppose deux institutions qui défèrent deux successions, elle a donc l'effet de deux testamens ; mais pour les formes extérieures et pour la validité du testament, il n'y en a véritablement qu'un. (*Voyez* toutefois la note ci-après, 618.)

§ V.

C'est ce qui me semble démontré par les propositions énoncées dans ce paragraphe, et qu'il importe de remarquer, car,

1° Le père, à moins qu'il ne soit militaire (*Ulp. fr.* 2, § 1, *de vulg. et pup.*) ne peut tester pour son fils, sans tester en même temps ou sans avoir déjà testé pour soi-même. En effet, il peut exister un intervalle entre l'institution que le testateur fait pour lui, et celle qu'il fait pour son fils (*Pomp. fr.* 16, § 1, *eod.*), et dans ce cas le testament du père doit précéder celui du pupille ; mais lorsqu'ils sont faits par un seul et même acte, il n'y a plus aucun ordre prescrit. (*Ulp. d. fr.* 2, § 4 *et* 5, *eod.*) V. *Vinnius*, *hic.*

2° La substitution pupillaire est une portion et un accessoire (*pars et sequela*) du testament paternel, dont elle suit en tout la destinée, quelle que soit d'ailleurs la cause qui rendrait le père de famille intestat. (*Ulp. d. fr.* 2, *pr. et* § 1, *de vulg. et pup.*; *fr.* 8, § 2, *de inoff. test.*)

§ III.

Au surplus, les deux institutions peuvent être, l'une écrite, l'autre noncupative ; l'une patente, l'autre secrète. (*Ulp. fr.* 20, *pr. et* § 1, *de vulg. et pup.*)

Il importe souvent à la sûreté de celui pour qui se fait la substitution pupillaire, qu'elle reste secrète, non-seulement jusqu'à la mort du père, mais pendant la vie du pupille même ; notre texte rapporte, d'après Caius (2 *inst.* 181), les précautions usitées en pareil cas.

§ IV.

615. Jusqu'à ce moment nous avons supposé que le fils de famille à qui la substitution pupillaire institue un héritier se trouve lui-même appelé à l'hérédité paternelle ; il pourrait aussi en être exclu par une exhérédation formelle, et la substitution pupillaire n'en serait pas moins valable (*text. hic* ; *Modest. fr.* 1, § 2, *de vulg. et pupil.*), car ce n'est pas des biens du père qu'elle dispose, mais de ceux du fils. (*Ulp. fr.* 10, § 5, *eod.*) Dans tous les cas, elle défère au substitué l'hérédité du pupille telle que celui-ci la laisse en mourant, et sans distinguer l'origine des biens qu'il possède à cette époque : car, soit qu'il ait recueilli l'hérédité paternelle, désormais confondue dans la sienne, soit que, privé de cette hérédité par exhérédation, le pupille ne laisse que des biens provenus de toute autre source (V. *text. hic*), il transmettra à son héritier tous ses droits et toutes les charges dont il était lui-même tenu ; et celui-ci ne pourra ni les scinder (V. *Papin. fr.* 12, *eod.*), ni être tenu d'en supporter d'autres (1).

616. Il y a cependant un cas où la substitution ne défère qu'une partie des biens du pupille : c'est lorsqu'elle a été faite par le père adrogateur. Elle n'a d'effet que pour les biens provenus au pupille de l'adrogeant ou à sa considération. (*Ulp. fr.* 10, § 6, *eod*). Les autres, ainsi que nous l'avons déjà vu, doivent être restitués aux personnes qui les auraient eus si l'adrogation ne s'était pas faite (§ 3, *de adopt.*), c'est-à-dire aux personnes qui se trouvaient appelées à l'hérédité testamentaire par une substitution antérieure à l'adrogation, sinon aux agnats que le droit civil admet à l'hérédité légitime (621).

§ IV.

617. L'usage a introduit plusieurs genres de substitutions pupillaires. On remarque entre autres celles que le testateur fait pour chaque enfant (*singulis liberis*), par opposition à celle qu'il ferait seulement pour le dernier qui mourra impubère (*ei*

(1) Sauf peut-être le cas où le pupille institué par son père, et devenu héritier nécessaire, se serait abstenu, en profitant de l'avantage que lui accorde le droit prétorien. (V. § 2, *de hered. qual.*) Dans ce cas, le fils est dispensé de répondre aux créanciers paternels ; mais la même faveur serait-elle continuée à son héritier ? Sur ce point, Ulpien et Marcellus (*fr.* 41, *de adq. vel omitt. hered.*) paraissent ne pas s'accorder avec Julien (*d. fr.* 42) et Javolenus. (*fr.* 28, *de reb. auct. jud.*)

qui novissimus impubes morietur). Dans le premier cas, il y a autant de substitutions que de pupilles, et aucun d'eux ne meurt sans testament; le second mode, au contraire, laisse intestats tous ceux auxquels un autre survit, parce qu'ils ne sont pas derniers mourans, et même le dernier mourant, lorsqu'il n'est plus impubère (1). Pour que la substitution obtienne son effet, il faut que le survivant décède avant la puberté; et alors c'est à ce dernier seul que le substitué succède, et non aux autres enfans prédécédés intestats, quand même leurs biens se trouveraient confondus dans la succession du dernier. (*Papin. fr.* 42, *de vulg. et pup.*)

§ VII.

618. Relativement à la désignation des substitués, les substitutions sont ou nominatives ou générales : dans ces dernières, le testateur, au lieu de nommer tel ou tel individu, appella ceux qu'il aura eus lui-même pour héritiers (*quisquis mihi patri heres erit*), ce qui suppose que le pupille ne sera pas héritier, ou du moins ne sera pas seul héritier de son père. Admettons donc quatre étrangers institués par le testateur, et substitués pupillairement par la clause générale *quisquis mihi patri heres erit*.

Le premier accepte l'hérédité du père, et survit au fils.

Le second accepte également, puis décède avant le pupille.

Le troisième, au contraire, répudie l'hérédité du père et survit au fils.

Le quatrième est un esclave qui, par ordre de son maître, recueille l'hérédité du testateur, et ensuite devient libre.

Au décès du pupille (*impubere filio mortuo*), sa succession, suivant notre texte, est déférée, en vertu de la substitution, aux individus qui, institués héritiers du père (*qui et scripti sunt*), sont effectivement devenus tels (*et extiterunt*). Cette double condition exclut, premièrement les héritiers du second institué (2) et le maître du quatrième (*Modest. fr.* 3; *Ulp. fr.* 8, § 1, *eod.*), parce que ce n'est pas eux personnellement que le testateur avait appelés; secondement, le troisième institué, parce qu'il a répudié l'hérédité du testateur (*Afric. fr.* 34, § 1, *eod.*) : mais rien n'exclut le premier institué, ni le quatrième devenu *sui juris*; car tous deux, personnellement appelés à l'hérédité du testateur, l'ont recueillie et acquise, l'un pour soi-même, l'autre pour le maître dont il dépendait alors. Ainsi l'hérédité du pupille sera déférée au premier et au quatrième, en raison des parts qu'ils auront recueillies dans l'hérédité paternelle (*pro qua parte heredes facti sunt*; *text. hic*; V. *Ulp. fr.* 8, § 1, *de vulg. et pup.*); car ici, comme dans la substitution vulgaire (V. § 2, *de vulg. subst.*), la désignation de parts exprimée dans l'institution s'applique tacitement à la substitution. Il en est autrement de ceux qui ont été substitués nommément; ils profitent de la substitution et succèdent au pupille indépendamment des qualités et des parts qu'ils ont pu prendre dans l'hérédité du père. (*Justin. C.* 11, *de impub. et al.*; V. *Vinnius, hic et ad* § 2, *de vulg. subst.*)

619. On distingue encore des substitutions expresses et tacites. Nous avons ci-dessus (*pr.*, *h. t.*) l'exemple d'un pupille institué par son père avec une double substitution vulgaire et pupillaire, établie par la volonté formellement exprimée du testateur. Elle serait également double, quand même le testateur qui a institué son fils impubère n'exprimerait que l'un des deux cas de substitution : le cas exprimé est censé comprendre l'autre comme substitution tacite (*Modest. fr.* 4, *h. t.*), d'après l'intention présumée du testateur, et lorsque les circonstances n'indiquent point une intention contraire. (V. *Alex. C.* 4; *Diocl. et Max. C.* 8, *de imp. et al.*)

(1) *Papin. fr.* 41, § 7. *de vulg. et pup.* Le dernier (*novissimus*) n'est pas seulement celui qui vient après tous les autres, mais encore celui après lequel ne vient plus personne (*Afric. fr.* 34, *eod.*), si tous les pupilles mouraient en même temps, la substitution vaudrait pour tous. (*Afric. d. fr.* 34; *Papin. fr.* 42, *eod.*)

(2) *Ulp. fr.* 10, *de vulg. et pupil.* Neratius (*fr.* 59, *de adq. vel omitt. her.*) décide, au contraire, que les héritiers du père sont nécessairement, et malgré eux, héritiers du pupille, et que l'hérédité de ce dernier, ouverte même après leur décès, se réunit à l'hérédité paternelle par droit d'accroissement. Ces deux décisions, dont la première est expressément confirmée par Justinien (*C.* 20, *de jur. de lib.*), paraissent fondées, ainsi que plusieurs autres (V. *Paul. fr.* 1, *quando dies leg.*; *Ulp. fr.* 7, § 5 *et* 6, *de liber. leg.*), sur ce principe que l'hérédité du pupille est considérée comme portion intégrante de l'hérédité paternelle, portion qu'un seul et même testament défère sous une condition spéciale. Ce principe, directement contraire à celui qui se trouve consacré ci-dessus (613, 614; § 2, *h. t.*), était controversé chez les jurisconsultes romains. (V. *Justin. d. C.* 20.)

§ VIII.

620. La substitution pupillaire ne peut exister que pour un impubère ; et quand même le testateur aurait voulu la prolonger plus loin que la puberté (*Pompon. fr.* 14, *de vulg. et pup.*), elle cesse de valoir dès que le pupille ou la pupille ont passé ou même atteint le dernier jour, l'un de sa quatorzième, l'autre de sa douzième année ; car alors, habiles à tester par eux-mêmes (*Ulp. fr.* 5, *qui test. fac.*), ils ne sont déjà plus *ejus ætatis in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt*. (V. *pr., h. t.*) La substitution pupillaire finirait plus tôt encore, si le père de famille déterminait un âge moins avancé ; car il a toute latitude jusqu'à la puberté, quoiqu'il ne puisse pas l'excéder. (*Paul. fr.* 38, § 1 ; *fr.* 43, § 1, *de vulg. et pupil.*)

Elle s'évanouit, 2° lorsque le testament paternel, sans lequel celui du pupille ne peut subsister, se trouve infirmé d'une manière quelconque (*Ulp. fr.* 10, § 4, *eod.*; *Pompon. fr.* 16, § 1, *eod.*) ; mais le plus petit effet conservé au testament paternel, soit par le droit civil, soit par le droit prétorien, suffit pour soutenir la substitution pupillaire (*Paul. fr.* 38, § 3 ; *Afric. fr.* 34, § 2, *eod.*) ; 3° lorsque les enfans meurent, ou, par la fiction de la loi Cornelia, sont supposés mourir avant le père : alors, en effet, ils n'ont jamais été ni pères de famille, ni capables d'avoir un testament (*Julian. fr.* 28, *de vulg. et pup.*) ; 4° par tous les changemens de famille que peut éprouver le pupille, soit avant, soit après la mort de son père : car, dans le premier cas, ils ôtent au testateur la puissance paternelle (*Papin. fr.* 41, § 2, *eod.*) ; et, dans le second, ils ôtent au pupille le titre de père de famille et le droit d'avoir un testament. (V. § 4, *quib. mod. test.*) C'est ce qui arrive en cas d'adrogation.

621. Néanmoins les biens de l'adrogé qui décède impubère reviennent toujours au substitué, comme s'il n'y avait point eu d'adrogation ; mais ce n'est pas directement et par l'effet d'une substitution annulée, c'est en vertu de l'obligation que l'adrogeant contracte (§ 3, *de adopt.*) par une stipulation qui profite aux substitués pupillaires, s'il y en a, sinon aux héritiers légitimes de l'adrogé, substitués ou héritiers improprement dits, puisqu'un fils de famille n'a régulièrement point d'hérédité. (*Papin. fr.* 40, *de vulg. et pup.*)

§ IX.

622. On vient de voir par qui et pour qui peut être faite la substitution pupillaire (612, 613). Elle n'est permise à aucun autre, ni pour aucun autre : mais un testateur quelconque peut, quel que soit l'héritier qu'il institue, charger ce dernier de remettre à des tiers tout ou partie de l'hérédité qu'il aura recueillie ; et, comme cette obligation peut être imposée sous telle condition que veut le testateur, elle imite beaucoup la substitution pupillaire, lorsqu'on institue un pupille, en le grevant de restitution pour le cas où il décéderait impubère. Néanmoins il y a toujours cette différence, qu'ici le testateur dispose non de l'hérédité de l'impubère, mais seulement de sa propre hérédité, et conséquemment celui à qui doit être faite la restitution n'étant jamais héritier de la personne grevée, n'a rien à prétendre sur les biens de cette dernière, et ne reçoit tout au plus que ce qu'elle a elle-même reçu du testateur (*text. hic*; *Papin. fr.* 41, § 3, *de vulg. et pup.*). *Voyez* à cet égard le titre 23.

623. On définit la substitution en général, l'institution d'un héritier dans un degré inférieur. (V. *Modest. fr.* 1, *eod.*) : Cette définition est parfaitement exacte pour les substitués vulgaires ; mais les substitués pupillaires ne sont point héritiers du père, et viennent au premier rang dans l'hérédité du pupille : cela devient surtout manifeste lorsque le pupille a été exhérédé. Sous quel rapport le testament qu'un père fait pour ses enfans peut-il donc être considéré comme substitution ? Sous aucun rapport assurément, lorsqu'on emploie le mot substitution dans le sens de la définition précédente : toutefois comme le testament de l'impubère n'existe qu'avec celui et par celui du père (§ 5, *h. t.*) et comme l'institution d'un héritier au second degré n'est que subsidiaire à celle du premier, on peut dire qu'une substitution est en général une institution subordonnée à une autre dont elle dépend ; car les substitutions vulgaire et pupillaire, celle dont il est question dans le § 1, *h. t.*, et même la substitution indirecte, dite fidéicommissaire (§ 1, *de fideic. hered.*), dépendent, quoique d'une manière différente d'une autre institution.

§ Ier.

624. L'âge n'est pas la seule cause qui prive un père de famille de l'exercice du droit de tester : la démence, la folie, et plusieurs autres maladies, ont le même effet ; et cependant l'usage de tester pour les fous et autres incapables de ce genre ne s'était pas introduit d'une manière aussi générale que pour les pupilles ; il fallait obtenir du prince une permission spéciale. (*Paul. fr.* 43, *de vulg. et pup.*) Justinien donne par analogie la libre faculté de substituer aux insensés, pour le cas où ils décéderaient avant de recouvrer la raison, comme on substitue aux pupilles pour le cas où ils mourraient avant la puberté.

Quelle que soit l'analogie, et quoique Justinien proteste que cette nouvelle substitution a été introduite à l'exemple de la précédente (1), cependant ce n'est pas au seul père de famille qu'il appartient ici de tester pour ses enfans ; cette faculté appartient à tout ascendant, ce qui comprend la mère et même les ascendans paternels ou maternels d'enfans émancipés ou retenus sous puissance ; car ici ce n'est plus sur la puissance paternelle qu'est fondé le droit de tester pour les enfans, mais sur le lien du sang et sur l'affection commune de tous les ascendans. Toutefois, pour éviter la multiplicité des testamens, et pour se conformer à la règle de droit qui n'en laisse jamais deux à la même personne (§ 2, *quib. mod. test. inf.*), on doit penser que le droit attribué aux ascendans ne s'exerce qu'après la mort du père de famille, ou que du moins, en cas de concours, la substitution par lui faite l'emporte sur les autres.

Le père de famille qui substitue à ses enfans impubères, leur donne tel héritier qu'il veut. Dans la substitution exemplaire, le choix n'est entièrement libre qu'à défaut de certaines personnes (*certas personas*) ; car on est obligé de prendre le substitué ou les substitués parmi les enfans, et à défaut parmi les frères de l'incapable.

625. On observe généralement, comme troisième différence, que la substitution exemplaire ne pourrait pas se faire aux enfans déshérités, quoiqu'on puisse déshériter les enfans auxquels on substitue pupillairement. La vérité est que Justinien, dans sa constitution (*C.* 9, *de imp. et al.*) ne parle ni d'institution ni d'exhérédation : il s'occupe seulement de la légitime que l'ascendant testateur doit laisser à ses enfans. Or, cette légitime n'est point une formalité de rigueur pour la validité de l'acte ; ce n'est qu'une précaution contre la rescision à laquelle toute exhérédation ou omission expose, comme inofficieux, le testament de l'ascendant qui substitue, et par suite, la substitution. (V. § 6, *de inoff. test.*) Il faut donc que les ascendans laissent la légitime, afin, dit l'empereur, qu'il ne s'élève aucune plainte (*querela*) contre le testament. Sous ce rapport, en relisant les termes de la constitution, on se persuadera facilement qu'il n'existe aucune différence entre la substitution pupillaire et celle dont il est ici question. Voyez *Vinnius*, *hic*.

(1) *Ad exemplum pupillaris* : aussi l'a-t-on nommée exemplaire ou quasi-pupillaire.

TITRE XVII.

DE QUELLES MANIÈRES LES TESTAMENS SONT INFIRMES.

PR.

626. Un testament fait par celui qui en a le droit et la faculté suivant les règles exposées au titre 12, avec les formes prescrites aux titres 10 et 11, dans lequel on a observé, 1° de ne point omettre les héritiers siens que l'on avait au moment de la confection, comme on l'exige au titre 13 ; 2° d'instituer au moins un héritier d'après les règles détaillées aux deux titres précédens, un pareil testament est valable, régulièrement ou légalement fait (*jure factum*). Si toutes ces conditions ne concourent pas, le testament est nul, illégal ou injuste (*injustum*), et ne peut produire aucun effet (V. *Papin. fr.* 1, *de injust. rupt.*) ; mais pour le premier de tous, c'est-à-dire pour déférer l'hérédité, il ne suffit pas qu'un testament ait été régulièrement fait dans l'origine ; valable un instant, il doit l'avoir été jusqu'à la mort du testateur.

Or, le texte nous apprend qu'un testament valable cesse de l'être quand il est rompu (*rumpatur*), ou lorsqu'il devient inutile (*irritum* ; V. *Ulp.* 23, *reg.* 1).

§ V.

Ces expressions, rompu (*ruptum*), et devenu inutile (*irritum*), appliquées aux testamens, se prennent quelquefois l'une pour l'autre. Cependant, comme le dit ici notre texte, il vaut mieux de donner à chaque chose le nom qui lui est propre : ainsi nous prendrons toujours ces expressions dans le sens que leur attribuent les Institutes (§ 1 *et* 4, *h. t.*) ; et nous ferons remarquer d'abord qu'il n'y a de testamens, à proprement parler, rompus ou devenus inutiles, que ceux qui ont été valables dans l'origine (*jure facto*, *text. hic.*; *jure factum*, *pr.*, *h. t.*).

Lorsque l'infirmation arrive par une cause étrangère à l'état et à la capacité du testateur, le testament est *ruptum* (§ 1, *h. t.*) ; il devient *irritum* par toutes les causes qui enlèveraient au testateur son état et ses droits (§ 4 *et* 5 *h. t.*).

§ I.

627. La rupture arrive de deux manières et d'abord, par la survenance ou l'agnation de tout héritier sien qui n'aurait été ni institué ni légalement déshérité. (*Ulp.* 23 *reg.* 2.)

Nous avons vu précédemment (571) comment on peut éviter la rupture en instituant ou déshéritant les posthumes ou quasi-posthumes qui, après la confection du testament, naissent héritiers siens, ou le deviennent en prenant la place de ceux qui les précédaient.

628. Ici notre texte s'occupe des héritiers siens qui surviennent dans la famille, non par naissance, mais par l'agnation civile qui résulte de leur adoption, sauf les distinctioos introduites par Justinien, et déjà expliquées (V. § 2, *de adopt.*). L'agnation d'un enfant adoptif, comme celle d'un enfant naturel, infirme le testament du père de famille; et l'effet de la première est d'autant plus certain que, comme on n'a pas pu valablement déshériter celui qui à l'époque du testament était absolument étranger au testateur et à sa famille, il ne servirait à rien d'avoir exhérédé par avance les personnes que l'adoption placerait ensuite sous sa puissance immédiate. En effet, l'exhérédation n'a pu ôter à un étranger le titre d'héritier, lorsqu'il ne l'avait pas ; elle est donc nulle et insuffisante pour préserver le testament contre la rupture qui résulte de l'agnation d'un héritier sien adoptif (V. *Caius*, 2 *inst.* 140; *Pothier*, *pand. just.* *XXVIII*, *II*, 49), à moins que l'adopté ne soit un enfant antérieurement émancipé qui, au lieu d'entrer dans une famille nouvelle, rentre par adoption dans sa famille primitive. (*Papin. fr.* 23, *de liber. et post.* *Voyez* cependant Caïus, 2 *inst.* 141, 142.)

Cette différence entre l'exhérédation d'un posthume ou quasi-posthume naturel, et celle d'un futur enfant adoptif, explique pourquoi Justinien daos ce titre, et lorsqu'il traite de la rupture du testament par l'agnation d'un héritier sien, se borne à l'unique exemple du cas d'adoption : c'est parce que l'agnation par adoption, sans être la seule qui rompît le testament, est la seule qu'on ne pouvait pas prévenir par l'exhérédation, d'après les règles précédemment exposées (§ 1 *et* 2, *de ex hered. lib.*). Dans l'opinion de Caïus (2 *inst.* 138, 140), la rupture du testament était absolue, *omni modo rumpitur*, et il ne pensait pas que l'institution d'un étranger fût, à cet égard, plus utile que son exhérédation ; mais Papinien (*fr.* 23, § 1, *de liber. et post.*) et Scævola (*fr.* 18, *de injust. rupt.*) déclarent que l'héritier institué peut être adopté par le testateur, sans qu'il arrive aucune rupture. Cette opiuion a prévalu dans le Digeste ainsi que dans les Institutes (*text. hic*) où Justinien a supprimé le OMNI MODO de Caïus, et avec raison ; car s'il est impossible d'exhéréder un étranger, il est toujours permis de l'instituer. L'adopté, devenant fils de famille du testateur, ne doit donc pas rompre un testament dans lequel il se trouve valablement institué.

A l'agnation des enfans adoptifs il faut assimiler, dans le nouveau droit, celle des enfans naturels, qui, offerts à la curie, ou légitimés par mariage subséquent, acquièrent le titre et les droits d'héritiers siens. (§ 2, *de hered. quæ ab intest.*)

§ II.

629. La rupture du testament arrive encore par la confection d'un testament postérieur.

En instituant un héritier, le testateur dispose de tous ses droits dans leur ensemble. Il est dono aussi impossible de mourir avec deux testamens que de donner

deux fois la même chose en totalité ; et comme la volonté du testateur est ambulatoire et variable jusqu'au dernier moment de sa vie, en cas de concours entre deux testamens qui ne peuvent subsister ensemble, le second détruit l'autre sans qu'il soit besoin d'une révocation expresse. (*Ulp.* 23 *reg.* 2 ; *Justin. C.* 27, *de testam.*)

Le second testament ne produit cet effet que lorsqu'il est valable et régulièrement confectionné (1) ; car autrement l'acte que l'on voudrait considérer comme un nouveau testament ne serait qu'un acte nul, incapable d'opérer le concours dont la conséquence est de rompre le testament antérieur.

630. Au surplus (ce qu'il faut bien observer ici), c'est au premier moment de l'existence du second testament que cesse irrévocablement l'existence du premier, indépendamment des causes qui dans la suite empêcheraient le second d'avoir son plein et entier effet. On ne regarde pas, dit notre texte, si le nouveau testament a donné un héritier au testateur, mais seulement s'il a pu lui en donner un dans un cas quelconque (*aliquo casu*) ; et lors même que le second testament est subordonné à une condition expresse, l'infirmation du premier n'en est pas moins définitive et absolue. (*Pompon. fr.* 16, *de injust. rupt.*) Il semble, en effet, qu'en faisant le second, on a déjà renoncé au premier ; on agit par une volonté nouvelle et entièrement indépendante. Les chances que cette volonté peut courir mettent sans doute le testateur dans une alternative, celle de mourir testat ou intestat, mais non pas dans celle de mourir avec tel ou tel autre testament : le choix à cet égard est indiqué par l'existence même du second. Ce que nous disons ici du testament conditionnel s'entend de la condition proprement dite, qui, le subordonnant à un événement possible, permet d'espérer que le second testament produira son effet. A la vérité, il n'y aurait ici aucune différence à faire pour la condition impossible, parce qu'elle est réputée non écrite ; mais il n'en est pas ainsi de la condition qui se reporterait à un événement passé ou présent. Si cet événement, déjà réalisé, ne l'est pas dans le sens de la condition, il ne le sera jamais ; alors il n'y aurait plus aucun effet à espérer du second testament, et par conséquent il ne romprait pas le premier. (*Pompon. d. fr.* 16.)

Pour nous résumer sur cette manière de rompre un testament, nous dirons donc que la rupture résulte ici de l'existence d'un testament postérieur, susceptible de donner un héritier au testateur.

§ III.

631. Cependant on avait élevé des doutes à cet égard ; premièrement pour le cas où le testateur n'aurait disposé dans le testament postérieur que d'une portion de l'hérédité, par exemple, d'un objet déterminé.

Ce doute est levé ici par l'application du principe qui regarde comme non écrite, dans une institution, la mention d'un objet déterminé (*perinde ac si rerum mentio facta non esset ; text. hic ; Marcian. fr.* 29, *ad sc. trebell.*).

On a douté, secondement, si le premier testament subsisterait, lorsqu'il est expressément confirmé par le second.

Cette question est également tranchée par l'impossibilité absolue de conserver au défunt deux testamens : ainsi le premier est rompu (*ruptum efficitur*) malgré la confirmation expresse que contient le second. Toutefois, pour donner à cette confirmation et à la volonté du défunt l'effet dont elles sont susceptibles, on suppose que le testateur a entendu valider le premier acte, non comme testament, ce qui établirait un concours impossible, mais comme tel autre acte de dernière volonté dont l'existence ne serait pas inconciliable avec celle du second testament. Le premier vaudra donc comme codicille (V. *tit.* 25), et la confirmation insérée dans le second est considé-

(1) JURE PERFECTUM (*text. hic*), JURE FACTUM (*Ulp.* 23 *reg.* 2), c'est-à-dire de la manière requise pour chaque espèce de testament ; car le testement militaire, et celui que le père fait *inter liberos*, dispensés, l'un de toutes, l'autre de presque toutes les solennités, sont des testamens réguliers qui rompent (*Ulp. fr.* 2, *de injust. rupt.* ; V. *Theod. et Valent. C.* 21, § 1, *de test.*), quoiqu'on les appelle quelquefois imparfaits, sous le rapport des formalités qui leur manqueraient d'après la règle générale. (*Paul. fr.* 34. § 1, *de test. mil.* ; V. *Vinnius, hic.*) Jusqu'ici l'on ne rencontre donc pas d'exception ; mais Ulpien (*d. fr.* 2) déroge véritablement à la règle, lorsqu'il déclare que le premier testament se trouve rompu par un second testament irrégulier, pourvu que ce dernier institue un héritier *qui ab intestato venire potest*. Toutefois voyez Théodose (*C.* 21, § 3, *de test.*).

rée comme un fidéicommis qui oblige l'héritier de restituer aux personnes intéressées ce que chacune devait avoir en vertu du premier testament, sauf la déduction permise à l'héritier pour former ou pour compléter le quart qui doit lui rester d'après la loi Falcidie (*suppleta quarta ex lege Falcidia*), ou plutôt d'après le sénatus-consulte Pégasien, et conformément aux règles que nous expliquerons au titre 23. (V. *Ulp. fr.* 19, *de test. milit.*)

§ VII.

632. De tout ce qu'on a dit jusqu'ici, il résulte évidemment qu'un testament irrégulier n'établit point de concours, et par conséquent ne révoque point celui qui l'a précédé, ce qui s'applique à plus forte raison au testament incomplet ou non achevé. Toutefois la révocation qu'il n'opère pas comme testament, ne peut-il point l'opérer comme indice d'un changement certain dans la volonté du testateur? Sans doute le testament commencé indique une volonté nouvelle, mais ce n'est pas celle de mourir intestat; et cependant le père de famille décéderait intestat, si son premier testament était rompu, sans être en même temps remplacé par un second.

D'un autre côté, et notre texte le déclare expressément, la révocation d'un testament ne résulte jamais de la seule volonté du défunt *ex eo solo quod postea id noluit valere*. En effet, la révocation serait une disposition nouvelle qui changerait la personne de l'héritier et la nature même de l'hérédité : celle-ci cesserait d'être testamentaire pour devenir légitime. Ce changement, cette disposition nouvelle ne doit donc s'opérer que dans les formes légales.

633. Au surplus, les moyens de révocation ne manquent point à la volonté du testateur. Il peut, en supprimant ou altérant l'acte même, déchirer, biffer, effacer l'écriture ou rompre les cachets. (*Scævol. fr.* 20, *de inj. rupt.*; V. *Ulp.*, *Marcel. et Pap. fr.* 1, 2, 3 *et* 4, *de his quæ in test. del.*; *Justin. C.* 30, *de test.*)

634. Théodose avait ordonné (*C.* 6, *C. Th. de testam.*) que les testamens cesseraient de valoir lorsqu'il se serait écoulé dix ans depuis leur confection. Justinien (*C.* 27, *de testam.*), modifiant cette disposition, veut qu'à la présomption tirée du laps de temps se joigne la preuve d'un changement de volonté manifesté par acte authentique ou devant trois témoins.

§ VIII.

La décision du texte précédent (§ 7, *h. t.*) est tirée d'un discours de Pertinax (*divi Pertinacis oratione*), c'est-à-dire d'un sénatus-consulte rendu sur sa proposition (25).

635. Dans ce même sénatus-consulte il faut remarquer, 1° que Pertinax repousse l'hérédité à laquelle il serait appelé *litis causa*, c'est-à-dire l'hérédité qui, contenant des droits litigieux, lui serait déférée en haine des contendans du testateur, et pour leur opposer un adversaire redoutable. (V. *Paul.* 5 *sent.* 12, § 8.) Ce refus de Pertinax doit s'entendre même du cas où le testament serait régulier. (*Vinnius, hic.*)

L'empereur déclare, 2° qu'il ne validera pas (*non probaturum*) le testament nul dans lequel on l'aurait institué *ob eam causam*, c'est-à-dire à cause de la nullité, et pour en couvrir le vice (*Vinnius, ibid.*; *Cuj. in not.*)

3° Qu'il n'acceptera point la qualité d'héritier *ex nuda voce*, ou, suivant les termes de Paul (5 *sent.* 12, § 9), *ex nuda pollicitatione*, par suite des simples propos dans lesquels un particulier se serait vanté d'instituer l'empereur; en général, Pertinax annonce qu'il ne recevra rien, même en vertu d'une disposition écrite (*ex ulla scriptura*), lorsqu'elle ne sera pas conforme aux règles du droit (1).

Remarquez, 4° que l'empereur est au-dessus des lois (*legibus solutus*); mais qu'en s'y soumettant lui-même, le prince donne un exemple digne de la majesté souveraine et du nom des Antonins. (V. *Paul.* 4 *sent.* 5, § 3; *fr.* 23, *de legat.* 3°; *Alex. C.* 3, *de test.*; *Théod. et Valent. C.* 4, *de legib.*)

(1) *Voyez* à cet égard une constitution (*C.* 20, *de test.*) qui, en passant dans le Code Justinien, paraît avoir perdu son sens primitif. Honorius et Théodose ses auteurs voulaient, pour éviter toute espèce de fraude, que l'on ne pût pas révoquer un testament écrit par un testament nuncupatif dans lequel on instituerait le prince ou des hommes puissans (*V.* Pothier, *pand. just.* XXVIII, III, 3, et Jacques Godefroy, sur le *C.* 5, C. Th. *de testam.*). Il est bon d'observer ici combien Pertinax, Sévère, Antonin, Honorius et Théodose sont différens de Domitien; il suffisait à ce dernier qu'un seul témoin déclarât avoir entendu dire au défunt que César serait son héritier. *V.* Suétone, ch. 12.

§ IV.

636. Voyons actuellement le cas où le testament devient *irritum*, ce qui arrive lorsque le testateur est diminué de tête (*text. hic; Ulp.* 23 *reg.* 4; *fr.* 6, § 6, *de injust. rupt.*)

Quelque absolu que paraisse notre texte, il est cependant vrai que la diminution de tête ne produit pas cet effet sur tous les testamens, car elle laisse subsister celui d'un fils de famille que son père émancipe ou donne en adoption (§ 5, *de mil test.*; *Ulp. fr.* 6, § 13, *de injust. rupt.*; *Marcian. fr.* 22, *de milit. test.*); et l'exception, s'il en existe, ne tient ici à aucun privilége militaire. En effet, le testament d'un père de famille quoique militaire, ne subsiste, après la diminution de tête, que pour les biens castrans; et, d'autre part, le testament ordinaire d'un fils de famille, retiré du service, reste toujours valide, même après sa diminution de tête. (*Tertyl. fr.* 23, *de test. mil.*; *Ulp. fr.* 6, § 13, *de inj. rupt.*; *fr.* 1, § 8, *de b. p. sec. tab.*)

Il en est de même à l'égard du testateur condamné pour délit militaire; et la raison qu'en donne Ulpien, c'est qu'il est encore permis de tester après cette condamnation (*nam huic permitti solet testari*; *fr.* 6, § 6, *de inj. rupt.*). Il paraîtrait donc résulter de là que, si le testament est infirmé, ce n'est pas directement à cause de la diminution de tête du testateur, mais plutôt à cause de l'incapacité où il tombe, incapacité qui fut une conséquence nécessaire de la diminution de tête, tant que le droit de tester ne fut point accordé aux fils de famille. En effet, les personnes *sui juris* ne peuvent être diminuées de tête sans perdre au moins le titre de père de famille, et avec ce titre elles perdaient alors la faction de testament; mais dès que les fils de famille ont pu tester sur certains biens, alors il a été possible de subir une diminution de tête sans perdre la faction de testament, et l'on a toujours vu, dans les exemples précédemment cités, le testament infirmé ou conservé suivant que le testateur perd ou conserve le droit de tester. Le véritable principe serait donc que la diminution de tête rend le testament inutile, lorsqu'elle fait perdre la faction de testament, et seulement à cause de cette perte.

637. Nous trouvons une conséquence de ce principe au § 5 *de mil. test.* On y déclare que le testament d'un fils de famille reste valable après son émancipation, comme celui d'un père de famille après son adrogation; et cette décision s'explique sans qu'il soit nécessaire de reconnaître aucune exception, parce que le texte ne s'entend que du testament relatif aux biens castrans seulement (1), biens dont le fils de famille a pu disposer, même sous puissance, et dont l'adrogé, devenu fils de famille, conserve toujours la disposition.

D'après cela, il est facile de voir que, dans le même paragraphe (§ 5, *de mil. test.*), ces mots *quasi ex nova militis voluntate* sont une addition maladroite, ou une répétition fautive de ceux qui terminent le paragraphe précédent. En effet, le testament, dit le texte, n'est point infirmé, *nec videtur capitis diminutione irritum fieri* (*d.* § 5; *Ulp. fr.* 6, § 13, *de inj. rupt.*): dès lors il subsiste (*pr.*, *h. t.*). La manifestion d'une volonté nouvelle est donc superflue, et l'interpolation qui l'exige paraît devoir être supprimée, soit dans le § 5 *de mil. test.*, soit dans le texte de Marcien (*fr.* 22, *de test. mil.*). V. Pothier, *pand. just. XXVIII, III*, 19.

638. Puisque la perte du droit de tester infirme le testament, il en résulte que, d'après le droit civil, la faction de testament, existante au moment de la confection, doit continuer jusqu'à la mort inclusivement, ce qui s'entend de la faction de testament considérée comme droit d'avoir un testament; car la faction considérée comme faculté et comme exercice du droit de tester n'est requise qu'au moment de la confection (558; § 1, *quib. non est perm.*)

§ VI.

Les règles du droit honoraire étant quel-

(1) Cette interprétation de Vinnius (*ad* § 5, *de mil. test.*) s'appuie sur Tertullien (*fr.* 23, *eod.*). Ainsi la question, comme on le voit par ce dernier texte, ne s'élève jamais à l'égard d'un père de famille non militaire; car le testament d'un bourgeois *sui juris* ne peut pas être partiel. Il faut être fils de famille ou militaire pour tester sur les biens castrans seulement. Voilà sans doute pourquoi le § 5 *de mil. test.* a été placé, aux Institutes, dans le titre où l'on parle en même temps du testament des militaires et de celui des fils de famille. (*V.* Pothier, *pand. just. XXIII, III*, 19.)

quefois (1) moins sévères, le préteur admet certains testamens méconnus par le droit civil, et défère, au lieu de l'hérédité ou succession civile, la possession de biens ou succession prétorienne, qui, dans ce cas, est dite *secundum tabulas*. Pour l'obtenir il faut que le testament soit extérieurement revêtu des formes prétoriennes, qui, ainsi que nous l'avons vu précédemment (§ 2, *de test. ordin.*), consistent dans la présence de sept témoins, et dans l'apposition de leur cachet, *septem testium signis signata* (2).

Il faut en second lieu que le testateur ait eu faction de testament, mais seulement à deux époques, celle de la confection et celle de la mort, sans égard au temps intermédiaire. (*Ulp. fr.* 1, § 8, *de b. p. sec. tab.*) Ainsi le testament, infirmé par la diminution de tête du testateur, n'en est pas moins bon pour le droit prétorien et pour la possession de biens, si à l'époque de sa mort le testateur se trouve citoyen romain et père de famille, c'est-à-dire s'il a recouvré la faction de testament (*text. hic*; *Ulp.* 23 *reg.* 6).

639. Cependant, lorsque l'infirmation arrive par l'adrogation du testateur, comme tous ses biens passent à l'adrogeant, on considère cette aliénation implicite et volontaire comme un changement de volonté, et ce changement suffit pour empêcher le préteur de soutenir un testament déjà infirmé par le droit civil. En conséquence, on ne donne la possession *secundum tabulas* qu'autant que l'adrogé, redevenu père de famille, aurait déclaré persévérer dans les mêmes dispositions. Cette déclaration ne forme pas ici un second testament; elle ne renouvelle pas non plus celui qui, infirmé d'après le droit civil, a conservé d'après le droit prétorien toute la force que le testateur aura voulu lui conserver. Il s'agit uniquement de prouver qu'il n'y a point eu changement de volonté, comme le ferait présumer l'adrogation; et, pour détruire cette présomption, il suffit que le testateur manifeste une intention contraire. (*Papin. fr.* 11, § 2, *de b. p. sec. tab.*)

Cette différence entre les effets de l'adrogation et ceux des autres diminutions de têtes, grandes ou moyennes, ne se trouve pas reproduite dans notre texte. Vinnius aperçoit dans ce silence un oubli à réparer; Pothier, une distinction supprimée par Justinien. Cette dernière opinion pourrait paraître d'autant plus probable que, sous Justinien, l'adrogation ne transfère plus à l'adrogeant que l'usufruit des biens de l'adrogé; toutefois, nous savons aujourd'hui ce qu'il faut penser de la suppression attribuée à Justinien. Il a effectivement supprimé quelques mots du texte de Caïus (*inst.* 147), mais en conservant ceux qui parlent de l'adrogation; et si notre texte n'ajoute à cet égard aucune observation, c'est que Caïus lui-même n'en avait fait aucune.

640. Ce qu'on a dit du testament *irritum* s'applique également au testament rompu. (*Caius, ibid.*) Il peut servir aussi à déférer la possession de biens *secundum tabulas*, par exemple lorsqu'il a été rompu par l'agnation d'un quasi-posthume qui serait ensuite décédé avant le testateur. (*Ulp. fr.* 12, *de injust. rupt.*) Vinnius prétend qu'il en serait de même pour un premier testament rompu par un second, que le défunt aurait détruit dans l'intention de faire revivre le précédent; cette opinion paraîtrait admissible, si le préteur n'exigeait pas que le testament en vertu duquel on demande la possession de biens fût le dernier de tous. (*Ulp. fr.* 1, § 1, *de b. p. sec. tab.*) Voyez toutefois Papinien (*fr.* 11, § 2, *eod.*).

TITRE XVIII.

DU TESTAMENT INOFFICIEUX.

641. Les Douze-Tables, en reconnaissant le testament comme seule loi de l'hérédité (*pr.*, *de leg. falcid.*), avaient attribué au testateur un pouvoir dont l'abus

(1) Le préteur est plus sévère que le droit civil dans l'intérêt des enfans pour lesquels a été introduite la possession *contra tabulas* (§ 3, *de exhered. lib.*); mais, à défaut d'enfant, il apporte moins d'entraves à la volonté du testateur, qu'il favorise et confirme en donnant aux institués la possession *secundum tabulas*.

(2) *Text. hic*; V. *Jul. fr.* 7, *de b. p. sec. tab.* Observez qu'il s'agit ici du testament écrit; car le droit prétorien n'en connaît pas d'autre, les testamens nuncupatifs étant propres au droit civil (§ 14, *de test. ordin.*). Cependant il admet indirectement ceux qui sont prononcés devant sept témoins, et donne la possession de biens *secundum tabulas* utile (*Gordian. C.* 2, *de b. p. sec. tab.*). *V.* Cujas, *ibid. in fin.*, et Pothier, *pand. just.* XXXVII, XI, 12.

démontra bientôt le danger. Les prudens cherchèrent un remède, et trouvèrent d'abord que les héritiers siens ne pouvaient être dépouillés que par une exhérédation expresse et formelle. De là l'obligation de les instituer ou de les déshériter, obligation que le préteur étendit aux autres enfans même sortis de la famille (*pr. et* § 3, *de exhered.*). Mais, au fond, cette obligation n'était, pour les ascendans paternels, qu'une formalité de plus, dont la mère et les ascendans maternels restaient exempts (§ 7, *eod.*).

Enfin on reconnut que, pour préférer des étrangers à ses enfans, il fallait, sinon d'après la loi civile, du moins d'après la raison naturelle, avoir de fortes raisons; et que ceux-ci pouvaient se plaindre d'avoir été injustement déshérités par les ascendans paternels, ou injustement omis par les ascendans maternels. On leur accorda, pour cet effet, la plainte ou l'action de testament inofficieux (*text. hic.*).

642. On entend ici par inofficieux un acte contraire à cette espèce de devoir que l'affection, le sang, l'amitié, la reconnaissance, etc., imposent réciproquement à certaines personnes, et que les Latins distinguent par le mot *officium*. Ainsi le testament inofficieux est celui contre lequel on n'élève aucun reproche légal, et qui, en tout point conforme aux règles du droit, ne blesse que les sentimens de la nature, *recte quidem factum, non autem ex officio pietatis.*

Mais un semblable reproche, loin d'être admis par la loi, contrariait directement le pouvoir indéfini qu'elle accorde au testateur. Il fallut, pour introduire l'action des enfans contre le testament inofficieux, la colorer d'un prétexte (*hoc colore, etc.*). Les prudens supposèrent qu'une exhérédation ou qu'une omission injuste ne peut provenir d'un esprit sain, et, sous prétexte de démence, permirent de casser le testament qui, dans le cas d'une véritable folie, aurait été nul dès l'origine (*text. hic; Marcian. fr.* 2 *et* 5, *h. t.; Paul.* 4 *sent.* 5, § 1). Ainsi, comme le démontrent les détours qu'on fut obligé de prendre, c'est par l'interprétation des prudens que l'action du testament inofficieux a été introduite dans l'usage (*inductum*). Ce n'est donc point là l'ouvrage d'une loi expresse, ni par conséquent celui de la loi Glicia, comme le prétend mal à propos Cujas. *Voyez* Vinnius *hic*, et Pothier, *pand. just. V, II*, 1.)

643. La cassation du testament inofficieux enlève aux institués le titre qu'ils ont sur l'hérédité; de testamentaire qu'elle était, celle-ci reprend le caractère d'hérédité légitime, et se trouve alors acquise ab intestat aux héritiers ordinaires (*Ulp. fr.* 6, § 1; *fr.* 8, § 16, *h. t.*). La plainte de testament inofficieux a donc pour objet l'hérédité même, réclamée par celui qui se dit héritier ab intestat, contre un prétendu héritier testamentaire, et par conséquent cette contestation rentre dans la classe générale de celles où une partie conteste à l'autre la qualité d'héritier par une action dite *pétition d'hérédité*. La plainte du testament inofficieux doit donc être considérée comme une espèce particulière de pétition d'hérédité. (*V.* Vinnius *hic*, n° 6; *select. quæst. lib.* 1, *cap.* 19; Pothier, *pand. just. V, II*, 19.)

§ I.

644. En exerçant la plainte de testament inofficieux, on se prétend héritier ab intestat du défunt : cette action ne peut donc profiter qu'aux personnes appelées à l'hérédité et dans l'ordre où elles sont appelées; car autrement elles n'auraient aucun intérêt pour contester à l'institué une succession qu'elles ne doivent pas recueillir. (V. *Papin. fr.* 14, *h. t.; Paul. fr.* 31, *eod.*)

Ainsi la plainte appartiendra d'abord à tous les descendans, soumis ou non soumis à la puissance du défunt (*Marcel. fr.* 5, *h. t.; Anton. C.* 7, *eod.*), nés ou seulement conçus à l'époque de sa mort, naturels ou adoptifs (§ 2, *h. t.*; V. *Ulp. fr.* 29, § 3, *h. t.*), sauf toutefois, à l'égard de ces derniers, la distinction établie par Justinien; car le fils de famille adopté par un étranger ne peut avoir aucune plainte contre le testament de l'adoptant, quoique appelé à lui succéder ab intestat (§ 2, *de adopt.*; § 14, *de hered. quæ ab intest.* V. 188). En effet, la plainte de testament inofficieux ne se donne pas à quiconque pourrait recueillir la succession légitime, mais seulement aux personnes qui avaient, sur la succession même testamentaire, un titre de préférence injustement méconnu.

Aussi à défaut d'enfans ne concède-t-on pas la plainte à tous les parens successivement. On la donne aux ascendans; et,

après eux, l'action ne s'étend jamais à d'autres collatéraux qu'aux frères et sœurs (*text. hic*; *Ulp. fr.* 1, *h. t.*; *Diocl. et Max. C.* 21, *eod.*). On n'admettait même parmi ces derniers que les agnats du défunt en excluant tous les frères ou sœurs utérins, et les consanguins qui pouvaient n'être point agnats. Telle était encore la législation existante sous Constantin (*C.* 1, C. Th. *de inoff. test.*); mais, par une interpolation faite à la constitution de ce dernier, Justinien donne la plainte d'inofficiosité à tous les frères consanguins sans distinction (*durante agnatione vel non*; *C.* 27, *h. t.*). Les utérins restent formellement exclus; et, s'ils peuvent se plaindre du testament inofficieux, c'est depuis que la novelle 118 a supprimé toute différence entre les parens paternels et maternels.

645. Quoi qu'il en soit, les frères ou sœurs admis à la plainte d'inofficiosité ne le sont pas d'une manière absolue contre tout héritier qui leur serait préféré dans le testament fraternel, mais seulement contre l'institué dont le choix ne serait pas assez honorable (*turpibus personis scriptus heredibus*). Cette distinction de Constantin (*C.* 1, C. Th. *h. t.*), maintenue par Justinien (*text. hic*; *C.* 27, *h. t.*), laisse une importante différence entre les frères ou sœurs et les parens directs; ces derniers peuvent agir contre tout institué, quel qu'il soit, et même contre le prince. (*Paul.* 4 *sent.* 5, § 3; *fr.* 31, § 1, *h. t.*; *Ulp. fr.* 8, § 2, *eod.*)

646. En effet, c'est contre l'héritier testamentaire que l'action se dirige, non pas précisément parce qu'il est héritier, puisqu'au contraire on lui conteste cette qualité, mais parce qu'il détient l'hérédité que l'on réclamerait également contre les fidéicommissaires et autres possesseurs. (*Sever. et Anton.*, *C.* 1, *h. t.*; *Alex. C.* 10, *eod.*; V. *Vinnius*, *hic.*)

§ II.

647. La fiction à laquelle on a été obligé de recourir pour introduire la plainte de testament inofficieux, démontre assez que c'est une voie extraordinaire à laquelle on ne doit recourir qu'à défaut de tout autre moyen d'obtenir tout ou partie de l'hérédité. Ce principe clairement et simplement énoncé dans notre texte peut s'appliquer à plusieurs exemples. Ainsi l'impubère adrogé et ensuite déshérité ne peut attaquer le testament de l'adrogeant, parce qu'on lui accorde précisément pour ce cas même la quarte Antonine (*Ulp. fr.* 8, § 15, *h. t.*) dont nous avons parlé précédemment (182).

Un fils omis dans le testament paternel peut demander la possession *contra tabulas*, et même, lorsqu'il est fils de famille, la nullité du testament. Aussi la plainte de testament inofficieux ne lui serait permise que dans le cas d'exhérédation (*Paul. fr.* 23, *h. t.*); mais il suffirait d'avoir été omis dans le testament maternel pour l'accuser d'inofficiosité, parce que les règles de l'exhérédation et celles de la possession *contra tabulas* ne s'appliquent jamais au testament des femmes (§ 7, *de exher. liber.*; *Philip. C.* 15, *h. t.*).

648. D'un autre côté, et lors même qu'il n'existe aucun autre moyen d'arriver à l'hérédité, la plainte d'inofficiosité n'appartient pas à quiconque se plaint d'avoir été déshérité ou omis; on la donne seulement aux personnes qui prétendent l'avoir été injustement, *inique se exheredatos aut inique præteritos* (*pr.*, *h. t.*), et cette iniquité dont elles accusent le testateur, doit être prouvée par elles. Cette décision est une conséquence directe et nécessaire de ce principe général, que toute allégation contestée doit être prouvée par la partie qui affirme, et non par celle qui dénie (*Paul. fr.* 2, *de prob.*). D'ailleurs l'hérédité est ordinairement possédée par l'héritier testamentaire, contre qui se dirige la plainte d'inofficiosité (V. *Sever. et Anton. C.* 2, *h. t.*): or, la preuve est toujours à faire contre le possesseur qui se défend, par le demandeur qui réclame (V. § 4, *de interd.*; *Anton. C.* 2, *de prob.*), c'est-à-dire, relativement à la plainte d'inofficiosité, par celui qui l'intente (696).

649. S'il est vrai, comme nous l'avons dit (644), et comme le répète notre texte que les posthumes sont quelquefois réduits à la plainte d'inofficiosité, comment concevoir la nécessité où ils seraient de combattre un testament évidemment injuste, et surtout de prouver qu'on les a déshérités ou omis *sine causa*? Cette preuve ne résulte-t-elle pas du fait même, et ce fait ne devrait-il pas suffire pour infirmer le testament? Il est vrai que dans ce cas l'injustice étant manifeste, la plainte en sera plus facile, sa réussite plus certaine, et la resci-

sion du testament inévitable ; mais le posthume devra toujours la demander, en observant les délais et les autres règles auxquelles l'action de testament inofficieux est soumise ; sans quoi le testament qui a été régulièrement fait continuerait de subsister.

Nous reviendrons plus loin sur cette observation, en examinant les innovations établies par Justinien dans ses novelles (657).

§ III.

650. Jusqu'à présent, et conformément au texte des précédens paragraphes, nous avons considéré l'exhérédation ou l'omission comme l'unique fondement de la plainte d'inofficiosité ; d'où il résulterait que l'institution pour une part quelconque, si petite qu'elle fût, aurait suffi pour écarter toute espèce de plainte et d'action contre le testament. Il n'en était pourtant pas ainsi : avant Justinien, l'héritier institué pouvait attaquer comme inofficieuses les dispositions qui lui auraient laissé moins qu'une certaine portion de biens (*Alex. C.* 2, C. Gr. *h. t.*) ; et réciproquement cette portion, laissée à tout autre titre que celui d'héritier, suffisait pour écarter la plainte des personnes que le testateur aurait déshéritées ou omises (*Ulp. fr.* 8, § 6 ; *fr.* 25, *h. t.*). Ainsi, quoique l'action tendît à la rescision du testament tout entier, elle était moins fondée sur la privation du titre d'héritier que sur la privation imméritée d'une portion déterminée dans les biens du testateur (*Vinnius, hic.*)

En effet, l'exhérédation d'une personne n'empêche pas de lui conférer par legs ou par fidéicommis, des biens qu'elle reçoit indépendamment du titre d'héritier ; et souvent l'intérêt des enfans demande qu'ils soient déshérités, pour recueillir indirectement les biens de leurs ascendans. (*Ulp. fr.* 18, *de liber. et post.*) *Voyez* ci-après le titre 23.

La portion déterminée pour exclure la plainte d'inofficiosité était, pour chaque personne admise à cette plainte, le quart de ce qu'elle aurait eu ab intestat (§ 6, *h. t.; Ulp. fr.* 8, § 6 *et* 8, *h. t.*) ; et il fallait que ce quart lui fût laissé complet par le testateur, ou qu'au moins, en cas d'insuffisance, il eût expressément ordonné de fournir le complément. Alors l'héritier institué n'était tenu que d'une action en supplément ; dans le cas contraire, la plainte d'inofficiosité exposait le testament à une rescision totale. (*Const. C.* 4, C. Th. *de inoff. test.*)

651. Justinien trouve que c'est avoir trop peu de respect pour le testateur et pour ses dernières dispositions. En conséquence (*ad verecundiam naturæ*), il déclare ici que la plus petite part dans l'hérédité, le plus petit legs, suffira pour exclure la plainte d'inofficiosité ; dans ce cas le légitimaire ne pourra demander qu'un supplément, lors même que le testateur ne l'aurait pas expressément ordonné, *licet non fuerit adjectum, etc.* (*text. hic; Just. C.* 30, *h. t.*).

Ce supplément se donne *boni viri arbitratu*, c'est-à-dire d'après la valeur des biens appréciés par un homme d'une probité reconnue, jusqu'à concurrence du quart de la portion héréditaire que chacun aurait ab intestat, et que Justinien appelle ici portion légitime (*quartam legitimæ partis*), parce que dans le sens le plus étendu de cette expression, on appelle portion légitime, hérédité légitime, celle que la loi défère seule, par opposition à l'hérédité ou portion d'hérédité que donne le testament (§ 1 *et* 5, *de sc. tertyll.*) ; mais dans un sens plus étroit, et lorsqu'il s'agit d'inofficiosité, l'usage nomme *portion légitime* ou simplement *légitime*, une fraction de la part que les enfans, les ascendans et les frères ou sœurs auraient eue ab intestat, fraction dont le testateur ne peut les priver sans motifs.

Cette action en supplément est une action personnelle, perpétuelle, transmissible aux héritiers, fondée sur la volonté expresse ou tacite du défunt, pour assurer la conservation de son testament ; elle diffère donc, à tous égards, de la plainte d'inofficiosité, espèce de pétition d'hérédité qui, sous prétexte d'injure, se donne pendant cinq ans seulement à la personne lésée, et non à ses héritiers, pour attaquer et renverser les dispositions du défunt. (*Vinnius, hic.*)

§ VI.

652. La fixation d'une *légitime* divise, pour ainsi dire, les biens de chaque testateur en deux parts, dont l'une, entièrement disponible entre ses mains, peut être laissée à qui bon lui semble ; l'autre, destinée à certaines personnes, ne peut être donnée qu'à elles. Ce que le défunt laisse à

des étrangers est nécessairement pris sur la première part ; mais ce qu'il donne aux légitimaires, c'est-à-dire à ceux pour qui la légitime est établie, pouvant être pris sur l'une ou sur l'autre part, il importe de savoir si l'imputation en sera faite sur la part disponible, ou, au contraire, sur la portion due aux légitimaires : car, au premier cas, il en résultera un avantage indépendant de la légitime, et dans le second, une simple avance en déduction de cette même légitime.

Ce second parti semble plus naturel, surtout pour les donations testamentaires ; le légitimaire doit donc imputer sur la quarte qui lui est due tout ce qu'il reçoit comme héritier, comme légataire ou comme fidéicommissaire ; il doit imputer aussi les donations à cause de mort, qui sont en tout assimilées aux legs (*text. hic; Ulp. fr.* 8, § 6, *h. t.* ; V. § 1, *de donat.*). Quant aux donations entre vifs, l'imputation souffrait plus de difficultés. Il fallait, suivant Ulpien (*fr.* 25, *h. t.*), examiner la volonté du donateur, et voir si, en donnant, il avait eu l'intention d'imputer sur la légitime.

653. Justinien, au contraire, déclare que cette imputation n'aura lieu que dans les cas prévus par sa constitution (*C.* 35, § 2, *h. t.*), c'est-à-dire seulement lorsque après la mort du défunt, le donataire, transigeant avec les institués, aura expressément ratifié et approuvé la volonté du donateur ; sans quoi l'on ne peut opposer au donataire ni les conditions de la donation entre vifs, acceptée par lui, ni les renonciations qu'il y aurait faites à toute plainte contre le testament : en effet, ces sortes de conditions, consenties pendant la vie du testateur, le sont souvent dans la crainte de déplaire, pour éviter un plus grand mal, et non par suite d'une volonté libre. En écartant l'opinion d'Ulpien, l'empereur, ainsi qu'il nous l'apprend lui-même, adopte le sentiment de Papinien. Nous n'avons pas précisément la décision de ce jurisconsulte; néanmoins on la retrouve, pour ainsi dire, dans une sentence de Paul (4 *sent.* 5, § 8), et le principe en a été conservé dans les Pandectes (*Papin. fr.* 16, *de suis et legit.*), et même au Code (*Alex. C.* 3, *de collat.*), dans une constitution antérieure à celle de Justinien. Notre texte annonce encore plusieurs autres cas où la donation entre vifs s'impute sur la légitime. Ce sont, dit Justinien, les cas prévus par les constitutions (1), ce qui s'entend de deux constitutions, l'une de Zénon, l'autre de Justinien (*C.* 29 ; *C.* 30, § 2, *h. t.*). La première ordonne expressément d'imputer sur la légitime les dots et donations nuptiales ; la seconde ordonne également l'imputation des charges achetées par le légitimaire avec les deniers fournis par le défunt.

654. Considérée par rapport aux légitimaires, la légitime était pour chacun le quart de la portion qu'il aurait eue *ab intestat* ; ce qui, par rapport au testateur, forme en somme le quart de tous ses biens à partager entre les légitimaires, quel qu'en soit le nombre, et au *prorata* de ce qu'ils prendraient si l'hérédité leur était déférée tout entière et sans testament (*text. hic.*).

Tout ce qui concerne la légitime a éprouvé, par les novelles, des modifications que nous expliquerons à la fin de ce titre (657).

§ IV.

655. L'action ou la plainte de testament inofficieux se fonde sur une espèce d'injure, que les personnes déshéritées ou omises prétendent avoir reçue du défunt. Cette action doit donc s'éteindre comme toutes les actions d'injures, c'est-à-dire :

1° Quand la personne déshéritée ou omise décède sans avoir formé et sans avoir manifesté l'intention de former aucune réclamation. Dans le cas contraire, elle transmet son droit à ses héritiers. (*Anton. C.* 5, *h. t.* ; *Ulp. fr.* 6, § 2 ; *Paul. fr.* 7, *eod.* ; V. § 12, *de injur.* ; § 1 *de perpet. et temp.*)

2° Lorsqu'un délai suffisant fait présumer une renonciation tacite : ce délai, anciennement limité à deux années, fut ensuite prolongé jusqu'à cinq. (V. *Valer. et Gall. C.* 16, *h. t.* ; *Pothier, pand. just. V, II*, 52.) Modestinus le faisait commencer dès la mort du testateur; Ulpien, au contraire, ne comptait pas l'intervalle qui

(1) *Qui constitutionibus continentur.* Les éditions ordinaires ajoutent mal à propos *nostris* ; ce qui restreindrait l'imputation aux seuls cas prévus par Justinien même.

peut s'écouler depuis le décès jusqu'au moment où l'institué appréhende l'hérédité. Jusque-là, en effet, il n'est pas encore certain que le testament s'exécute, et il est inutile de l'attaquer pour atteindre un but que la répudiation des institués remplirait d'une manière plus simple. Justinien (*C.* 36, § 2, *h. t.*) confirme l'avis d'Ulpien, en fixant un terme après lequel les institués seront tenus de déclarer s'ils veulent ou ne veulent pas se porter héritiers. Si le légitimaire décède lui-même avant la décision des institués, son action s'éteint ou passe à ses héritiers, d'après la distinction précédente : toutefois les descendans du défunt succèdent toujours à l'action de leur auteur. (*Justin. C.* 34 *et* 36, § 2, *h. t.*)

656. Il serait contradictoire de reprocher à autrui les actes dont on a soi-même approuvé les dispositions : aussi est-on censé reconnaître le bon jugement du testateur, et par suite renoncer à la plainte d'inofficiosité.

3° Lorsqu'on approuve directement ou indirectement, et lorsqu'on exécute volontairement une disposition quelconque du testament, par exemple, si l'on contracte avec les institués en leur qualité d'héritiers (*Paul. fr.* 23, § 1, *h. t.*); si l'on soutient librement, comme avocat ou comme procureur, la cause d'un légataire et la validité des dispositions faites à son profit. (*Paul. fr.* 32, *h. t.*)

D'après notre texte, il en est autrement du tuteur qui, déshérité par son père, reçoit au nom du pupille (*nomine pupilli*) le legs fait à ce dernier; il conserve néanmoins le droit d'attaquer (*nomine suo*), en son nom personnel, le testament inofficieux qui le déshérite. La différence entre ce tuteur et l'avocat ou le procureur, dont nous parlions précédemment, vient de ce que ces derniers sont libres de refuser ou d'accepter la défense d'un client; tandis que le tuteur, en exerçant l'action du pupille, remplit un devoir forcé. (V. *Marcian. fr.* 10, § 1, *h. t.*)

§ V.

Ensens inverse, et d'après les mêmes distinctions, lorsque le tuteur attaque en cette qualité un testament inofficieux à l'égard du pupille, le rejet de sa plainte ne privera pas le tuteur des legs qui lui seraient laissés dans ce même testament (*text. hic*); quoiqu'en général la plainte d'inofficiosité fasse perdre à celui qui l'intente mal à propos tout ce que lui aurait laissé le testateur. (*Ulp. fr.* 8, § 14, *h. t.*)

APPENDICE.

657. Ce qu'on a dit précédemment sur la légitime a subi d'importantes modifications par les novelles de Justinien.

Et d'abord, la quotité de cette légitime, augmentée en faveur des enfans, a été fixée, lorsqu'ils seraient plus de quatre, à moitié, et dans le cas contraire, au tiers de la succession (*nov.* 18, *cap.* 1).

Ensuite Justinien a voulu que la légitime ne fût plus laissée aux enfans et descendans par legs ou autres dispositions semblables : il faut absolument leur donner le titre d'héritier (*nov.* 115, *cap.* 3 *et* 4), et lorsqu'on les a institués, ne fût-ce que pour un objet particulier, ils ne peuvent point attaquer le testament; en cas d'insuffisance, ils n'ont à demander qu'un supplément de légitime (*d. nov.* 115, *cap.* 5).

Les causes d'ingratitude, auparavant indéterminées, sont spécifiées et fixées. Ainsi le testateur peut priver ses descendans de toute légitime dans quatorze cas (*d. nov.* 115, *cap.* 3, § 1 *et seq.*), dont huit seulement sont applicables aux ascendans (*d. nov.* 115, *cap.* 4, § 1, *et seq.*).

Les motifs d'ingratitude doivent être exprimés et justifiés par le testateur, et alors le testament est inattaquable : s'il ne réunit pas ces conditions, il peut être rescindé et infirmé, non pour la totalité, comme par le passé, mais seulement quant à l'institution d'héritier, les legs et autres dispositions de ce genre restant valables (*d. nov.* 115, *cap.* 3, § 14; *cap.* 4, § 9; V. *C.* 34, *de inoff. test.*).

658. Je dis que le testament peut être rescindé, parce que les conditions de la novelle 115 ne me paraissent pas exigées à peine de nullité, comme celles dont il a été parlé ci-dessus (*tit.* 10 *et suiv.*); leur inobservation facilite seulement la plainte d'inofficiosité aux personnes injustement exhérédées ou injustement omises sans les dispenser d'agir dans le délai et dans les formes prescrites, faute de quoi le testament subsisterait avec tous ses effets. Tel est l'avis de Cujas, adopté par Pothier (*pand. just. V, II,* 23); tel est celui de Vinnius (*pr.*, *h. t. n°* 3), de Perèze (*ad*

Cod. lib. 6, *tit.* 28, *n°* 13), et de Voet (*ad Pand. lib.* 5, *tit.* 2, *n°* 23); mais il faut convenir aussi que la condition a été fortement controversée. Pour moi, je reste persuadé que la novelle 115 règle l'exercice de la plainte d'inofficiosité, et non pas les formes d'une exhérédation requise à peine de nullité. Voici le raisonnement qui me détermine.

La mère ne déshérite pas : n'ayant jamais d'héritiers siens, elle ne peut ôter à ses enfans une qualité qu'ils n'ont point. Pour les écarter de la succession maternelle, il suffit de ne pas les y appeler (§ 7, *de exhered.*); et leur omission n'étant qu'un défaut d'institution, je ne vois pas comment le silence de la testatrice pourrait avoir été soumis à des formes quelconques. En effet, l'exhérédation, les règles qui la régissent, la nullité que prononce le droit civil, et la possession *contra tabulas* que donne le droit prétorien, sont exclusivement relatives au testament paternel. (*Paul. fr.* 4, § 2, *d. b. p. contra tab.*) S'il en était de même de la novelle 115, on pourrait admettre qu'absolument étrangère à la plainte d'inofficiosité, elle fixe à peine de nullité les formes de l'exhérédation; mais la constitution de Justinien ne parle pas seulement du père et des ascendans paternels, elle s'occupe également de la mère qui omet ses enfans, et même des enfans qui omettent leur ascendans. Il est donc certain qu'on a voulu régler un point commun aux testamens paternel et maternel, un point commun au père qui exhérède, ainsi qu'à la mère et à tous autres testateurs qui peuvent omettre; et ce point commun, je ne l'aperçois que dans le plainte d'inofficiosité.

659. La novelle 115 ne paraît susceptible d'aucune application aux frères et sœurs : conséquemment il n'existe pour eux aucune innovation, si ce n'est toutefois dans la constitution (*nov.* 22, *cap.* 47) où Justinien détermine trois causes qui rendent les frères et sœurs indignes de succéder l'un à l'autre.

TITRE XIX.

DE LA QUALITÉ DES HÉRITIERS ET DE LEUR DIFFÉRENCE.

PR.

Après la mort du testateur, les institués à qui l'hérédité est déférée ne l'acquièrent pas tous de la même manière. On distingue à cet égard les héritiers nécessaires, les héritiers siens et nécessaires, enfin les héritiers externes (*text. hic*).

§ I.

660. Est héritier nécessaire, d'après notre texte, l'esclave qui se trouve institué; ce qui ne s'entend ici que de l'esclave institué par son propre maître (§ 1, *de hered. inst.*) : mais cette première restriction n'empêche pas la définition d'être encore trop générale. En effet, nous avons vu précédemment (586, 587) que la qualité d'héritier nécessaire résulte de l'acquisition simultanée de l'hérédité et de la liberté, faite par l'esclave en vertu du même testament. Cela est tellement vrai, que si l'institution était conditionnelle et l'affranchissement pur et simple, alors, pour favoriser autant que possible, dans l'intérêt du testateur, l'existence d'un héritier nécessaire, on différerait la liberté tant que la condition apposée à l'institution ne serait pas accomplie ou défaillie. Dans l'un et l'autre cas, l'esclave devient libre; mais la différence est dans l'hérédité que la condition défaillie lui ôte, et que la condition accomplie lui confère simultanément avec la liberté : aussi devient-il héritier nécessaire. (*Pompon. fr.* 21, § 1; *Julian. fr.* 22, *de hered. inst.*) Réciproquement, et pour arriver au même but, dans le cas inverse, c'est-à-dire lorsque l'esclave est institué purement et simplement, mais affranchi sous condition, l'effet de l'institution reste suspendu jusqu'à l'acquisition de la liberté. (*Ulp. fr.* 3, § 1, *eod.*)

661. Pour acquérir simultanément l'hérédité et la liberté que lui confère le testament, il faut que l'esclave ait appartenu au testateur, d'abord au moment de la confection du testament (*Florent. fr.* 49,

de hered. inst.); et, de plus, à une seconde époque, qui se confond avec l'instant du décès, lorsque l'institution et l'affranchissement sont purs et simples (V. § 2, *de singul. reb.*; *Ulp. fr.* 50, *de hered. inst.*), et qui, dans le cas contraire, se prolonge jusqu'à l'événement de la condition apposée, soit à l'affranchissement, soit à l'institution. (V. *Tryphon. fr.* 90, *eod.*; *Pompon. fr.* 46, *de manum. test.*) Cette seconde époque est pour l'esclave institué par son maître, celle qui détermine l'acquisition de l'hérédité et tous ses effets, celle par conséquent où il faut examiner la capacité de l'héritier institué, *nam jus heredis eo maxime tempore inspiciendum est quo adquirit hereditatem* (§ 4, *h. t.*). Du reste, on ne considère pas ce qu'il a pu devenir dans l'intervalle de l'une à l'autre époque; il suffit de savoir ce qu'il était à la première, et ce qu'il est à la seconde (*Ulp. fr.* 50, *de hered. inst.*; *Pompon. fr.* 46, *de manum. test.*); le tout conformément au principe que nous développerons sur le § 4 (V. 672).

L'esclave institué par son maître peut acquérir l'hérédité indépendamment de la liberté : alors ce n'est plus un héritier nécessaire, mais un héritier volontaire ou externe, ainsi que nous l'avons déjà dit (587), en expliquant le § 1 *de hered. inst.*, et comme nous le verrons encore sur le § 3 de ce titre (668).

662. Remarquez dans notre texte la dénomination d'héritier *nécessaire* attribuée à certaines personnes et justifiée par la manière même dont elles acquièrent l'hérédité, bon gré, mal gré, sans intervalle, et par conséquent sans acceptation, par l'effet seul du testament, aussitôt après la mort du testateur (*omnino post mortem testatoris, protinus*), ou, pour employer une expression plus générale et plus exacte, aussitôt que l'hérédité leur est ouverte, soit par la mort du testateur, dans une institution pure et simple, soit dans le cas contraire, par l'événement de la condition.

663. Notre texte explique suffisamment quel avantage le testateur trouve à se procurer ainsi un héritier, surtout lorsqu'il est insolvable; cet avantage est une conséquence du titre d'héritier, qui continuant la personne et les droits tant actifs que passifs du défunt sur la tête de son successeur, oblige ce dernier à satisfaire les créanciers héréditaires comme les siens propres, même sur ses biens personnels, présens et futurs.

Les derniers mots de notre paragraphe sembleraient indiquer qu'il n'en est pas ainsi pour l'héritier nécessaire; mais il faut se garder de confondre. La séparation de biens dont il est ici question n'est pas une conséquence légale du titre d'héritier nécessaire; c'est un bénéfice, une dérogation à la rigueur du droit civil, une faveur spéciale que le préteur accorde à l'héritier nécessaire, lorsque celui-ci la demande avant de toucher aux biens héréditaires. (*Ulp. fr.* 1, § 18, *de sep.*) En séparant ainsi les biens qu'avait le testateur des biens acquis par l'institué devenu libre, le préteur ne dégage pas ce dernier envers les créanciers du défunt, mais il restreint leurs poursuites à la valeur des biens existans dans la succession; et malgré l'insuffisance de cette valeur, il permet à l'héritier nécessaire de conserver sans inquiétude les acquisitions qui lui sont personnelles (*quas sibi adquisierit*), et même tout ce qui lui était dû par le défunt. (*Ulp. d. fr.* 1, § 18, *de separ.*)

§ II.

664. Les héritiers de la seconde classe sont siens et nécessaires. Notre texte présente d'abord comme tels tous les descendans que le testateur avait sous sa puissance à l'époque de sa mort (*qui modo in potestate morientis fuerint*), par opposition aux personnes qui n'étaient pas sous cette puissance, et que le paragraphe suivant range dans une troisième classe, dans celle des héritiers qu'on appelle externes (*extranei*), parce qu'ils sont étrangers à la famille du testateur (V. § 3, *h. t.*); mais ensuite, modifiant sa définition première, notre texte déclare qu'à l'égard des enfans du second degré, il ne leur suffirait pas, pour devenir héritiers siens, d'avoir été sous la puissance du défunt : il faudrait encore avoir été sous sa puissance immédiate. Ainsi les petits-enfans dont le père existe sous la puissance de l'aïeul ne seraient pas héritiers siens de ce dernier; ils ne le deviendraient qu'en prenant la place de leur père prédécédé ou sorti de la famille (*text. hic*).

Cette distinction, répétée en différens textes des Institutes (§ 2, *de hered. quæ ab intest.*; § 2, *de exhered. liber.*; *pr.*, *quib.*

mod. jus pot. patr.; § 3, *de tutel.*), ne peut cependant pas être d'une exactitude absolue. En effet, il en résulte que les petits-enfans, précédés par leur père dans la famille et sous la puissance de l'aïeul, ne seraient en aucun cas héritiers siens de ce dernier. La conséquence est vraie dans l'ordre naturel des successions, les petits-enfans ne devenant héritiers qu'à défaut de leur père. Que dire cependant si l'hérédité venait à leur être déférée, comme cela peut arriver, 1° lorsque l'étranger institué répudie, mais seulement après la mort du fils déshérité, qui aurait survécu quelque temps au testateur; 2° lorsque l'aïeul institue expressément son petit-fils.

Dans le premier cas, les petits-enfans sont héritiers siens (823; § 7, *de her. quæ ab int.*), comme ceux dont le père décède avant l'aïeul. Dans le second cas, il est certain qu'ils ne seront point externes, puisqu'on ne range dans cette classe que ceux qui n'étaient pas sous la puissance du testateur (§ 3, *h. t.*) : ils seront donc héritiers siens; cette conséquence est effectivement confirmée par Ulpien. (*fr.* 6, § 5 *et* 6, *de adquir. vel omitt.*)

Pour expliquer ici la distinction de notre texte, observons que la qualité de *suus heres* est composée de deux qualités distinctes, savoir : 1° la qualité de *suus*, qui, équivalant à celle de fils de famille, appartient à tous les enfans placés sous la puissance du père de famille au jour de son décès, quel que soit leur degré; et 2° la qualité d'héritier. Considéré par anticipation, ce titre d'héritier se donne, du vivant même du père de famille, à ses successeurs immédiats dans l'ordre naturel des successions; en un mot, aux héritiers présomptifs. Or, tant que le père est dans la famille, le petit-fils, quoique *suus*, n'est pas encore *heres* : mais celui qui n'est pas héritier présomptif peut devenir réellement héritier; et alors, réunissant au titre de *suus* le titre d'héritier (*heres*), il se trouve (*suus heres*) héritier sien et nécessaire, par suite de la puissance que le testateur avait sur lui. C'est ainsi que les petits-enfans dont le père existe dans la famille, les petits-enfans qui retombent sous la puissance de ce dernier, se trouvent néanmoins *sui heredes* de l'aïeul, lorsque celui-ci les a institués. (*Ulp. fr.* 6, § 5 *et* 6, *de adquir. vel omitt. hered.*)

Dans ce paragraphe et dans plusieurs autres semblables, si l'on distingue entre les fils de famille qui doivent ou ne doivent pas retomber sous une autre puissance, et si on limite à ces derniers le nombre des héritiers siens, c'est lorsqu'on envisage l'ordre naturel des successions, et le droit anticipé des enfans sur l'hérédité d'un aïeul encore vivant. Alors en effet, le titre d'héritier, synonyme de propriétaire (§ 7, *h. t.*), appartient déjà à quelques-uns des fils de famille, à ceux qui, placés sous la puissance immédiate du *pater familias*, sont déjà de son vivant considérés comme copropriétaires des biens de la famille, *vivo quoque patre domini existimantur* (*text. hic*). En ce sens, et tant que leur père reste sous la puissance de l'aïeul, les petits-enfans, quoique *sui*, ne sont pas *heredes*, parce qu'ils ne sont pas encore propriétaires du patrimoine; et la preuve, c'est que, pour disposer de ce patrimoine, l'aïeul n'a aucun besoin de les en dépouiller, de les exproprier, ou, ce qui revient au même, de les déshériter. Ainsi le père de famille n'a réellement pour *sui heredes* sous sa puissance que ses propres enfans, et, parmi ses petits-enfans, ceux qui, occupant dans la famille la place et les droits de leur père décédé ou *capite minutus* (V. § 2, *de exher. liber.*; § 6, *de hered. quæ ab int.*), deviendront *sui juris* par le décès de l'aïeul, sans retomber sous la puissance d'aucun autre (*pr., quib. mod. jus patr.*), ceux que l'aïeul testateur doit instituer ou déshériter (570), ceux qui jusqu'à la puberté peuvent recevoir de lui un tuteur (§ 3, *de tutel.*) et un substitué pupillaire (*pr., de pupil. subst.*). C'est en ce sens qu'a été entendu tout ce qu'on a dit précédemment des héritiers siens : mais ici, et lorsque le père de famille est décédé, nous ne devons plus considérer comme héritiers que ceux à qui l'hérédité sera réellement et définitivement acquise, et alors nous appellerons *suus heres* tout enfant sien, tout fils de famille qui s'est trouvé sous la puissance du mourant et qui devient héritier. (V. § 2 *et* 7, *de hered. quæ ab intest.*; 821, 822.)

665. A l'occasion des héritiers siens et des personnes à qui ce titre appartient, remarquez que notre texte considère les enfans comme copropriétaires de tous les biens de la famille, et cela du vivant même du père. Il en résulte qu'en recueillant l'hérédité, ils succèdent, pour ainsi dire, à des biens qui leur appartiennent déjà; alors

ils n'acquièrent rien de nouveau, mais continuent seulement une ancienne propriété (*text. hic ; Paul. fr.* 11, *de liber. et post.*); car il importe de l'observer, *heres* et *dominus* étaient pour les anciens deux expressions synonymes (§ 7, *h. t.*).

666. Les héritiers siens sont aussi héritiers *nécessaires* comme les esclaves, et par la même raison ; car l'hérédité déférée aux descendans que le défunt avait sous sa puissance leur est acquise, indépendamment de toute volonté, de tout consentement et de toute autorisation (*text. hic ;* § 3, *de hered. quæ ab intest. ; Ulp. fr.* 6, § 5 *et* 6, *de adquir. vel omitt.*). En un mot, le droit civil ne met entre eux et les esclaves aucune différence (*Ulp.* 22 *reg.* 24); mais le droit prétorien établit d'importantes distinctions.

Effectivement, les enfans siens ne sont considérés comme héritiers par le préteur que lorsqu'ils s'immiscent dans les biens, et jusque-là il refuse toute action aux créanciers héréditaires contre ceux qui s'abstiennent. De là naît, pour les héritiers siens, le bénéfice d'abstention, qu'ils n'ont même pas besoin de demander ; il leur suffit, pour en jouir, de ne s'être pas immiscés dans les affaires de l'hérédité (*Ulp. fr.* 12, *de adquir. vel omitt.*) postérieurement à l'âge de puberté (1).

Cette abstention, dont les esclaves ne peuvent jamais se prévaloir (*Caius, fr.* 57, § 2, *eod.*), n'a rien de commun avec la séparation de biens que le préteur leur accorde, en maintenant l'action des créanciers jusqu'à concurrence des valeurs laissées par le patron (663); tandis que ces mêmes créanciers n'ont aucune action contre l'héritier sien qui abandonne l'hérédité paternelle. (*Caius, d. fr.* 57, *pr.*)

667. Du reste, l'héritier sien qui s'est abstenu ne perd ni le titre ni les droits d'héritier (*Pothier, pand. just. XXIX, II,* 88) : aussi peut-il toujours reprendre l'hérédité jusqu'à la vente des biens par les créanciers, ou, après la vente et après le paiement des dettes, profiter de l'excédant qui existerait. (*Ulp. fr.* 8, *de jur. de lib. ; Paul. fr.* 6, *de reb. auct. jud.*) Justinien (*C.* 6, *de repud. vel abst.*), en confirmant l'ancien droit pour le cas où les biens auraient été vendus, a cru devoir fixer, pour le cas contraire, un terme de trois ans, au-delà duquel on ne pourra plus reprendre l'hérédité.

§ III.

668. La troisième classe d'héritiers, que l'on nomme *externes*, se compose de tous ceux qui ne sont pas sous la puissance du testateur, *qui testatoris juri subjecti non sunt.* Il faut donc ranger dans cette classe, non-seulement tous ceux qui sont appelés à l'hérédité, sans tenir au testateur par aucun lien de parenté, mais encore tous les ascendans, tous les collatéraux (2), et même, parmi les descendans, ceux qui ne se trouvent pas dans la famille du testateur à l'époque où l'hérédité leur est déférée soit par le décès, soit par l'événement de la condition. (*Modest. fr.* 20, *de liber. et post.*) Tels sont, à l'égard des femmes, tous leurs enfans sans distinction, parce que la mère, n'ayant aucune puissance, ne peut jamais avoir aucun héritier sien. (*text. hic ; Paul. fr.* 4, § 2, *de b. p. contra tab. ; Caius, fr.* 196, *de verb. sign.*) Tels sont enfin, à l'égard d'un ascendant mâle, les enfans sortis de sa famille par émancipation ou par adoption (§ 2, *h. t. ;* § 9, *de hered. quæ ab intest.*), les enfans de sa fille toujours étrangers à la famille de l'aïeul maternel, et enfin les enfans naturels, c'est-à-dire nés du concubinat.

Par la même raison, on range aussi dans la classe des externes l'esclave institué par son maître, et ensuite devenu libre ou passé sous une autre puissance avant de devenir héritier. A la vérité l'institution se conserve sur sa tête, et lui défère l'hérédité, mais sans la lui acquérir immédiatement et nécessairement. S'il la recueille, c'est par une volonté indépendante de celle du testateur (587).

669. Les externes, à la différence des deux autres classes dont nous avons parlé

(1) Ni les actes par lesquels un impubère se serait immiscé, ni les jugemens obtenus contre lui par les créanciers héréditaires ne peuvent nuire au droit de s'abstenir, qu'il conserve tout entier. (*Scævol. fr.* 21, *de auct. tut.*) Il n'en serait pas de même à l'égard des pubères. (*Pompon. fr.* 11, *de adquir. vel omitt. hered.*)

(2) Tous les collatéraux du testateur, c'est-à-dire de celui qui a fait le testament; car quiconque serait héritier sien du père de famille, devient héritier nécessaire des enfans auxquels il est substitué pupillairement, et par exemple de son propre frère. (*Ulp. fr.* 10, § 1, *de vulg. et pup.*)

précédemment, ne deviennent jamais héritiers malgré eux : aussi les appelle-t-on *héritiers volontaires*. A leur égard, il faut distinguer entre l'hérédité déférée et l'hérédité acquise : l'hérédité est ouverte ou déférée, pour ceux qui sont institués purement et simplement, au décès du testateur, et pour les autres, à l'événement de la condition. Ainsi la substitution vulgaire ouvre le droit des substitués, au moment où l'on devient certain que les degrés supérieurs ne seront jamais remplis. (*Ulp. fr.* 69, *de adquir. vel omitt.*; *fr.* 13, § 2, *eod.*) Pareillement l'hérédité légitime n'est jamais déférée ab intestat, tant que l'on peut espérer un héritier testamentaire (§ 7, *de her. quæ ab int.*; *Ulp. fr.* 39, *de adquir. vel omitt.*).

Nous verrons plus loin (§ 7, *h. t.*) comment les externes acquièrent l'hérédité qui leur est déférée; mais auparavant il importe d'examiner les conditions qui constituent leur capacité.

§ IV.

670. Leur capacité résulte de cette faction de testament que définit notre texte, et qui rend une personne habile, sinon à tester elle-même, du moins à recueillir pour soi, pour son maître ou pour son père, le bénéfice des dispositions d'autrui (*text.*, *hic in fin.*; 583).

Cette capacité doit exister à plusieurs époques, et notre texte n'en indique d'abord que deux (*duobus temporibus*), savoir : 1° celle de la confection du testament, 2° celle de la mort; mais ensuite (*hoc amplius*) il ajoute que la faction de testament doit exister au moment où l'héritier vient appréhender l'hérédité (*cum adit hereditatem*), ce qui constitue réellement une troisième époque : en effet, notre texte finit par le dire lui-même, *tria tempora inspici debent*. Il déclare en outre, qu'entre deux des trois époques exigées, il existe un intervalle (*medio tempore*) pendant lequel l'institué perdrait impunément la capacité qu'il avait à la première époque, et qu'il aurait recouvrée à la seconde. De ces deux époques, l'une est invariablement déterminée par la confection du testament; l'autre arrive ou à la mort du testateur ou à l'événement de la condition (*inter factum testamentum* ET *mortem testatoris* VEL *conditionem existentem*). Ainsi, que l'institution soit simple ou conditionnelle, il n'existe pour l'institué qu'un seul temps intermédiaire (*medio tempore*) : toute la différence consiste en ce que ce *medium tempus*, commençant toujours à la confection du testament, finit, dans le cas d'une institution pure et simple, au décès du testateur, et se prolonge, dans le cas contraire, jusqu'à l'événement de la condition; jusque-là nous avons donc toujours deux époques, mais pas plus de deux.

671. Cependant on a soutenu que, dans une institution conditionnelle, il suffit à l'institué d'être capable à l'époque où la condition se réalise (1) : proposition évidemment inconciliable avec l'existence du *medium tempus*, dont le second terme, soit qu'il arrive à la mort ou à l'événement de la condition, suppose nécessairement un premier terme, un point de départ, qui est toujours le moment de la confection. Cette proposition, quoique contraire à notre texte et à celui de Florentinus, est soutenue par plusieurs interprètes : ils demandent pourquoi la faction de testament serait exigée à l'époque de la confection du testament; et ils le demandent pour avoir occasion de répondre eux-mêmes que c'est uniquement à cause de la règle catonienne. En effet, pour apprécier la validité des dispositions testamentaires, on suppose, dans certains cas, que le testateur est mort immédiatement après avoir testé; et tout ce qui, dans cette hypothèse, aurait été nul, reste toujours nul indépendamment du temps pendant lequel a pu se prolonger l'existence du testateur. Telle est la règle catonienne (*Celsus*, *fr.* 1, *de reg. caton.*; *Caius*, 2 *inst.* 244; V. § 32, *de legat.*) : or cette règle ne s'applique jamais aux dispositions conditionnelles (*Ulp. fr.* 4, *de regul. caton.*); et de là on a cru pouvoir conclure, en faveur de l'héritier institué sous condition, qu'il n'existe aucun

(1) Cette opinion s'appuie sur un texte de Modestinus (*fr.* 62, *de hered. inst.*), et le jurisconsulte nous avertit lui-même qu'il s'agit d'une décision de faveur (*benevolentiæ est*) : ce n'est donc pas un principe. D'ailleurs, il n'est pas question dans ce texte de la faction de testament, mais d'une capacité particulière sans laquelle certaines personnes, qui, ayant d'ailleurs faction de testament, ne pouvaient profiter (*capere*) que d'une partie des choses laissées par le testateur. (*V.* Ulpien, *reg.* 15 *et* 16, Pothier, *pand. just.* *XXX*, 383.)

motif pour exiger qu'il ait été capable à l'époque de la confection du testament. Cependant notre texte l'exige formellement, et conséquemment il en résulte que la capacité, exigée à cette époque *ut constiterit institutio*, ne l'est pas à cause de la règle catonienne (1).

672. Vinnius reconnaît que l'institué doit avoir faction de testament à l'époque de la confection du testament; et, fixant à la mort une seconde époque, il veut que l'événement de la condition forme, dans l'institution conditionnelle, un troisième point qui n'existe pas pour l'institution pure et simple. Dans ce système il faudrait reconnaître deux temps intermédiaires pendant lesquels *mutatio juris non nocet heredi*, et qui couraient, l'un depuis la confection du testament jusqu'à la mort, l'autre depuis la mort jusqu'à l'événement de la condition. Ce calcul est évidemment contraire à notre texte, qui ne limite pas à l'une et ensuite à l'autre époque, deux intervalles distincts, mais seulement à l'une ou à l'autre un seul espace commençant à la confection du testament. Aussi tous les textes qui supposent une institution conditionnelle exigent la capacité à l'événement de la condition, sans parler du décès (V. *Celsus, fr.* 59, § 4, *de hered inst.*; *Ulp. fr.* 6, § 2, *eod.*; *Pomp. fr.* 46, *de manum. testam.*); et ceux qui l'exigent au décès ne supposent aucune condition (V. *Ulp. fr.* 9, § 16; *fr.* 50, *de hered. inst.*). Il faut donc se fixer, non pas au décès d'abord et ensuite à l'événement de la condition, mais à l'une ou à l'autre époque, suivant la nature de l'institution. Pour s'en convaincre, il suffit de voir à quelle fin la capacité de l'institué est requise au temps de la mort; c'est, dit notre texte, pour que l'institution produise son effet (*ut effectum habeat*). Or, cet effet consiste à déférer l'hérédité; la capacité de l'institué doit donc, en règle générale, se considérer à l'époque où l'hérédité s'ouvre pour lui, c'est-à-dire à l'époque du décès, lorsque l'institution est pure et simple, et, dans le cas contraire, à l'événement de la condition.

L'hérédité déférée à l'institué devient susceptible d'être prise ou répudiée par lui; mais pour l'appréhender utilement, ce sera surtout (*maxime*) au moment de l'acquisition qu'il devra être capable. Aussi la faction de testament, existant avec l'institué aux deux époques ci-dessus déterminées, doit-elle exister en outre (*cum adit hereditatem*) au moment de l'adition, et cela sans distinguer entre l'institution simple ou conditionnelle (*sive pure, sive sub conditione, etc.*). Dans l'un et l'autre cas, le moment de l'adition forme donc la dernière des trois époques requises (*text. hic in fin.*) : toutefois observons que, depuis l'hérédité déférée jusqu'à l'hérédité acquise, le temps qui s'écoule n'est plus ce *medium tempus* pendant lequel l'institué pourrait momentanément perdre la faction de testament. S'il existe un intervalle dans lequel *mutatio juris non nocet heredi* (*text. hic; Florent. fr.* 49, § 1, *de hered inst.*) et à l'occasion duquel Ulpien (*fr.* 6, § 2, *eod.*) dit *media tempora non noceere*, c'est l'intervalle qui s'écoule entre la première et la seconde époque, tant que l'institution n'a point encore déféré l'hérédité; car entre la seconde et la troisième époque, lorsque l'hérédité est déférée, l'institué perdant la faction de testament, la recouvrerait en vain. Notre texte ne répète point ici, pour un second intervalle, ce qu'il a dit du *medium tempus*, qui court depuis la confection du testament (*inter factum testamentum*) jusqu'à l'hérédité déférée par la mort ou par l'événement de la condition (*et mortem testatoris vel conditionem existentem*). A partir de ce moment, l'héritier doit donc avoir et conserver jusqu'à l'adition inclusivement, une capacité non interrompue. En effet, Vinnius observe, d'après un texte de Scævola (*fr.* 29, § 5, *de lib. et post.*), que la mort de l'héritier n'est pas le seul événement qui l'exclue irrévocablement de l'hérédité; l'interdiction du feu et de l'eau, en le privant des droits civils, produit à cet égard les mêmes effets que sa mort, et ouvre à d'autres l'hérédité qu'il ne peut plus acquérir.

En nous résumant sur ce point, nous dirons que la faction de testament doit exister avec l'héritier à trois époques, dont la première et la dernière sont invariablement fixées par le moment de la confection du testament et par celui de l'adition; tandis

(1) Si l'on se rappelle que le testament *per æs et libram* se faisait par une mancipation, et conséquemment sous la forme d'une vente, on concevra que l'acheteur devrait avoir, au moment même du contrat, l'aptitude requise; et de là vient sans doute, pour l'héritier qui représente l'ancien *emptor familiæ* (§ 10, *de testam. ord.*), la nécessité d'avoir eu faction de testament à l'époque même de la confection.

que la seconde époque arrive, suivant la nature de l'institution, ou au décès du testateur, ou à l'événement de la condition; que cette seconde époque, en déférant l'hérédité, sépare la totalité du temps qui s'écoule depuis la première jusqu'à la dernière, en deux espaces; que pendant le premier *mutatio juris non nocet heredi*, mais que rien n'autorise à en dire autant pour le second.

673. La capacité de recevoir par testament en profitant des dispositions d'autrui, constitue pour ceux qui l'ont une faction de testament (*testamenti factionem habere videtur, etc.*) que les interprètes ont appelée *passive*, par opposition à la faction active qui donne le droit de disposer par testament. Il serait plus exact et plus conforme aux textes de dire que la faction de testament appartient au testateur : c'est lui seul qui a la faction proprement dite; il l'a et il l'exerce relativement à certaines personnes qui peuvent devenir ses héritiers ou ses légataires, et alors on dit, en parlant de ces personnes, que le testateur a faction de testament avec elles (*cum eis testamenti factio, text. hic*; V. § 2 *et* 3, *de hered. inst.* Vinnius, *hic*).

§ VII.

674. L'ancien droit distinguait, à l'égard des externes, deux sortes d'institutions qui se faisaient, l'une avec crétion, l'autre sans crétion. Dans le premier cas, le testateur fixait à l'institué un délai dans lequel celui-ci devrait se décider et faire crétion, c'est-à-dire accepter l'hérédité, en prononçant certaines paroles solennelles. (*Caius*, 2 *inst.* 164 *et seq.*; *Ulp.* 22 *reg.* 25 *et seq.*) La volonté d'appréhender l'hérédité, manifestée de toute autre manière, n'aurait pas suffi pour devenir héritier, et réciproquement la volonté contraire n'aurait pas exclu l'institué. Changeant d'intention, il pouvait toujours appréhender l'hérédité par les solennités de la crétion, pendant tout le délai dont l'expiration seule fermait l'hérédité. (*Caius*, 2 *inst.* 166, 168; *Ulp.* 22 *reg.* 80.) Les externes institués sans crétion avaient beaucoup plus de latitude : ils acquéraient l'hérédité quand ils le voulaient et comme ils le voulaient, soit par les solennités de la crétion, soit en faisant acte d'héritier, PRO HEREDE GERENDO. (*Ulp.* 22 *reg.* 25; *Caius*, 2 *inst.* 167.)

On fait acte d'héritier, lorsqu'on agit, à l'égard des objets dont se compose l'hérédité, comme héritier (*text. hic.*; *Caius*, 2 *inst.* 166), c'est-à-dire comme maître et propriétaire; car chez les anciens HERES et DOMINUS étaient synonymes (*text. hic*; *Paul.* 4 *sent.* 8, § 25; V. *Ulp.* 22 *reg.* 26). C'est ainsi, à proprement parler, que l'on définit les actes d'héritier en prenant l'expression PRO HEREDE GERERE dans son acception littérale. Dans ce sens, la volonté d'appréhender l'hérédité, manifestée de toute autre manière, ne constituerait pas un acte d'héritier; et, en effet, Justinien, dans la première partie de notre texte, distingue, d'après Caïus (2 *inst.* 166), deux manières de devenir héritier, l'une en faisant acte d'héritier (*aut pro herede gerendo*); l'autre par le seul effet de la volonté (*aut etiam nuda voluntate suscipiendæ hereditatis*); mais immédiatement après, PRO HEREDE GERERE prend une acception plus étendue. On fait acte d'héritier, dit notre texte, en manifestant d'une manière quelconque, par ses actions (*vel re*) ou par ses paroles (*vel verbis*) la volonté de devenir héritier (1). Paul déclare également que l'on fait acte d'héritier par l'intention seule, sans se mêler en rien des affaires de l'hérédité et des objets qui s'y trouvent (*etsi nihil attingat hereditarium*; *fr.* 88, *de adq. vel omitt. her.*).

(1) *Quoquo modo, si voluntatem suam declaret vel re verbis de* ADEUNDA *hereditate.* ADIRE HEREDITATEM signifie littéralement *ire ad hereditatem*, venir ou arriver à l'hérédité, et conséquemment l'accepter ou la recueillir, dans le même sens où l'on dit plus haut *suspiciendæ hereditatis*. Au verbe *adire* correspond le mot ADITIO, dont on se sert presque exclusivement pour indiquer l'acquisition de l'hérédité (V. § 5, *h. t.*), et dans ce sens on faisait adition de quelque manière qu'on se portât héritier, soit par crétion, soit même *pro herede gerendo*. (V. *Caius*, 2 *inst.* 164, 166, 167, 168; *Ulp.* 22 *reg.* 27 et 28.) L'adition n'est donc pas, relativement à l'hérédité, un mode d'acquisition distinct de la crétion ou des actes d'héritier, dont elle n'est que l'effet et le résultat. Cependant plusieurs interprètes, et, entre autres, Vinnius, croient devoir opposer ADIRE et PRO HEREDE GERERE : selon eux, ces expressions indiqueraient deux manières différentes d'acquérir l'hérédité suivant que la volonté est exprimée par des paroles ou manifestée par des actions. Cette distinction, quoique démentie par notre texte, est fondée sur plusieurs autres (V. *Ulp. fr.* 25, § 7; *fr.* 69, *de adq. vel omitt. her.*); mais il ne serait pas impossible que, dans ces derniers, les mots *aditio* ou *adire* aient été substitués par Tribonien aux mots *cretio* ou *cernere* que devait contenir le texte primitif. La substitution me paraît évidente dans un texte de Papinien (*fr.* 77, *de reg. jur.*).

675. Ainsi l'hérédité déférée aux externes leur est acquise par cela seul qu'ils ont volonté de l'acquérir (*nuda voluntate, text. hic; sola animi destinatione, Dioc.* et *Max. C.* 6, *de jur. del.*). A cet égard il faut moins considérer ce qu'ils ont dit ou ce qu'ils ont fait que ce qu'ils ont réellement voulu; car, en cette matière, l'intention opère seule indépendamment des actions (*Ulp. fr.* 21, § 1; *Paul. fr.* 88, *de adq. vel omitt. her.*); et celles-ci, au contraire, n'opèrent jamais ni contre, ni outre, ni sans la volonté dont ils sont l'indice. (*Ulp. fr.* 6, § 7; *fr.* 21, *eod.*) Aussi le même fait n'entraîne-t-il pas toujours les mêmes conséquences, et les actes que notre texte cite comme actes d'héritier, ne le sont réellement que par l'intention qui les dirige. La vente d'un objet héréditaire, la location d'un immeuble peuvent avoir été faites par erreur ou afin de pourvoir à l'administration des biens, pour en conserver la valeur, pour éviter la détérioration et même la perte d'un objet difficile ou dispendieux à garder : dans ces différens cas on vend, on loue, sans devenir réellement héritier. (*Ulp. fr.* 20, *pr. et* § 1, *eod.* V. *Pothier, pand. just. XXIX, II,* 8 *et seq.*)

676. Les fous n'ont point de volonté : aussi ne pouvaient-ils acquérir aucune hérédité, si ce n'est celle du maître ou de l'ascendant qui, au jour de sa mort, les aurait eus sous sa puissance (*Marcel. fr.* 63, *de adquir. vel omitt.*) : dans ce cas, il en est des fous comme de tout autre héritier nécessaire (§ 3, *de hered. quæ ab intest.*). Un prodigue interdit n'est pas dépourvu d'intelligence; il pourra donc se porter héritier volontaire d'un étranger (*Ulp. fr.* 5, § 1, *eod.*). Le sourd-muet, incapable de prononcer aucune parole, ne remplissait jamais les solennités de la crétion, mais rien ne l'empêche de manifester une volonté tacite, et conséquemment de faire acte d'héritier, *si tamen intelligit quod agit* (*text. hic*). En effet, si quelque chose l'empêchait de devenir héritier, ce ne serait point le vice de ses organes, mais le défaut d'intelligence qui peut accidentellement s'y joindre, et qui n'en est pas une conséquence nécessaire. (V. *Ulp. d. fr.* 5; *Paul. fr.* 93, § 1 *et* 2, *eod.*)

Le pupille, assimilé au fou lorsqu'il est encore *infans*, en diffère essentiellement dès qu'il acquiert *aliquem intellectum*, un commencement d'intelligence. Alors il peut contracter avec ou sans autorisation de tuteur (§ 8, 9 *et* 10, *de inutil. stip.*; *Paul. fr.* 5, *de reg. jur.*). Cependant il n'a point encore la maturité de jugement, l'intelligence requise pour la transmission d'une hérédité. Aussi ne dispose-t-il jamais de la sienne par testament (§ 1, *quib. non est perm.*; *Ulp.* 20 *reg.* 12 *et* 15); et c'est par indulgence (*favorabiliter*) qu'on lui permet d'acquérir, avec autorisation de tuteur, l'hérédité des étrangers, quoique cette acquisition surpasse son intelligence. (*Paul fr.* 9, *de adquir. vel omit. hered.*). *Voyez* le § 1 *de auct. tut.* et son explication.

Il reste à examiner, relativement à l'acquisition de l'hérédité, par qui et dans quelle circonstance elle peut être faite, enfin quels en sont les effets.

677. L'hérédité s'acquiert par la volonté expresse ou tacite de ceux qui s'y trouvent appelés, soit dans une institution testamentaire, soit ab intestat. Ainsi, ni le curateur ou le mandataire de celui à qui la succession est déférée, ni son tuteur, ni le père ou le maître à la puissance duquel il est soumis, ne peuvent se porter héritiers en son lieu et place (1); car ce n'est point eux que la loi ou le testateur appelle. Par la même raison, l'institué qui décède avant d'avoir acquis l'hérédité ne transmet point à ses successeurs la faculté qui lui était personnelle, et en cela les externes diffèrent des héritiers siens ou nécessaires; car ceux-ci, acquérant l'hérédité sans intervalle, n'ont besoin que de survivre au défunt pour la transmettre à leurs propres successeurs (*Ulp. fr.* 81, *de adquir. vel omitt.*; *Gordian. C.* 3, *de jur. delib.*). Il n'avait été dérogé à cette règle que pour des cas particuliers (*Papin. fr.* 86, *de adquir. vel omitt.*; *fr.* 42, § 3, *de bon. libert.*; *Ulp. fr.* 6, § 1, *eod.*; *fr.* 3, § 30, *de sc. silan.*), lorsque Théodose (*C.* 1, *de his qui ante apert.*) déclara que les descendans,

(1) Voy. *Paul., fr.* 90, *de adquir. vel omitt*; *Valer. et Gall. C.* 5, *de jur delib.* On a cependant introduit quelques exceptions qui permettent au père de famille ou au tuteur d'accepter en certains cas l'hérédité déférée au fils de famille (*Ulp. fr.* 30, *de adq. vel omitt.*), ou au pupille. (*Theod. C.* 18, *de jur. delib.*) Justinien (*C.* 7, § 3, *de curat. jur.*) décide que l'hérédité déférée à un fou peut et doit être acceptée par son curateur.

institués par un ascendant à la puissance duquel ils ne sont pas soumis, pourraient, lorsqu'ils décèderaient avant l'ouverture du testament, transmettre à leur propre postérité la part qui leur est destinée. D'après les constitutions de Justinien, ceux qui décèdent dans le cours de l'année accordée pour délibérer, et avant d'avoir eux-mêmes répudié, transmettent à tout héritier sans distinction les droits qui leur sont déférés, soit par testament, soit *ab intestat* dans la succession d'un ascendant prédécédé. (*C.* 19, *de jur. del.; C. un.* § 5, *de cad. toll.*)

678. Si l'hérédité doit être acquise par la volonté de ceux à qui elle se trouve déférée, cette volonté n'est pas toujours la seule qui soit nécessaire. Les individus *alieni juris* manifesteraient en vain leur intention, si elle ne concourait point avec celle du maître ou du père dont ils dépendent au moment de l'adition, et qui par eux devient réellement héritier. Aussi ne font-ils adition que par son ordre (§ 3, *per quas person.*; § 1, *de hered. inst; Javol. fr.* 62, § 1, *de adquir. vel omitt.*; *Ulp. fr.* 25, § 15, *eod.*; V. § 2, *de sc. tertyl.*) Cet ordre (*jussus*) doit se prendre ici, comme dans les noces (130), pour le consentement qui permet une chose future; tandis que l'autorisation du tuteur, quoique simultanée, ne fait cependant qu'approuver un acte déjà existant (*Ulp. fr.* 25, § 4, *de adquir. vel omitt.*). Au reste, ce *jussus*, sans être soumis à aucune solennité, doit être spécial, formel et persévérant jusqu'à l'adition inclusivement. (V. *Ulp. d. fr.* 25, § 5 *et seq.*; *Pompon. fr.* 36; *Paul. fr.* 50; *Afr. fr.* 47, *eod.*)

679. Nul ne se porte utilement héritier que lorsque l'hérédité lui est réellement déférée, et lorsqu'il est positivement informé des circonstances qui la lui ont déférée (*Ulp. fr.* 21, § 2, *eod.*; V. *Papin. fr.* 76, *de reg. jur.*); c'est-à-dire qu'il faut savoir avec certitude si la personne dont je me porte héritier est décédée (*eum... decessisse, text. hic*; *Paul. fr.* 19, *de adq. vel. omitt.*); si la condition, lorsqu'il y en a une, est accomplie (V. *Paul. fr.* 34, § 1, *eod.*); si c'est moi qui suis appelé à l'hérédité (*se ei heredem esse, text. hic*), et comment je le suis, *ab intestat* ou par testament (*testatum intestatumve obiisse, text. hic.*; V. *Paul. fr.* 22, *eod.*), par quel testament (V. *Afr. fr.* 51, *eod.*), et si ce testament est valable. (*Ulp. et Paul, fr.* 32, § 1; *fr.* 33; *Afr. fr.* 46, *eod.*)

680. Quiconque devient héritier succède au défunt, non seulement pour la portion qu'il accepte, mais aussi pour toutes celles qui pourraient y être réunies, à son insu, et même malgré lui, soit au moment de l'adition, soit depuis. (*Caius, fr.* 53, § 1; *Paul. fr.* 31; *fr.* 80, § 1, *de adq. vel omit.*) En effet, chaque héritier étant appelé à toute l'hérédité, elle ne se partage que par la force du concours. Les parts assignées ne le sont que pour ce cas, hors duquel chaque portion attire à soi la totalité. Tel est le droit d'accroissement, sur lequel nous reviendrons plus loin (871, 872; V. § 4, *de sc. orphit.*; § 8, *de legat.*).

Malgré l'intervalle qui peut séparer la mort et l'acquisition de l'hérédité, les héritiers représentent le défunt comme s'ils lui avaient succédé immédiatement après la mort (1). En conséquence, ils exercent les actions, et supportent les charges de la succession, en raison de la part héréditaire que chacun d'eux recueille, et sans égard à l'émolument que peut offrir l'hérédité. (*Sever. et Anton. C.* 1, *si cert. pet.*)

681. Quiconque peut accepter, peut aussi répudier de la même manière et dans les mêmes circonstances (*text. hic*; *Paul. fr.* 18, *de adquir. vel omitt.*; *Ulp. fr.* 13, *eod.*). La simple volonté, qui en cas d'acceptation suffit pour acquérir l'hérédité aux personnes à qui elle est déférée, suffit aussi, en cas de refus, pour les écarter entièrement (*text. hic*; *Ulp.* 22 *reg.* 29; *Paul.* 4 *sent.* 4; *fr.* 95, *eod.*). Alors, à moins qu'on ne soit mineur de 25 ans (684), on épuise le droit qu'on avait à l'hérédité déférée : elle est désormais fermée à celui qui l'a répudiée (*Diocl. et Max. C.* 4, *de repud. vel abst.*); et, pour qu'il pût revenir à cette même hérédité, il faudrait qu'elle lui fût une seconde fois déférée. C'est ainsi qu'après avoir répudié l'hérédité comme institué, on peut ensuite l'acquérir comme substitué (*Javol. fr.* 76, § 1, *de adq. vel omitt.*), ou comme héritier légitime. (*Ulp. fr.* 17, § 1, *eod.*)

(1) Florentinus (*fr.* 54, *de adquir. vel omitt.*). Observez que cette fiction n'est point absolue (*Cels. fr.* 193, *de reg. jur.*), et que, sous d'autres rapports, le défunt est réputé avoir vécu pendant toute la vacance. *V.* le § 2, *de hered. inst.*, et le *pr.*, *de stipul. serv.*, avec leur explication.

§ V.

682. L'ancien droit civil ne déterminait aucun délai pour appréhender ou pour répudier l'hérédité déférée, et, sauf le cas d'une institution faite avec crétion, c'est-à-dire avec limitation d'un temps fixé par le testateur même (675), chacun était libre de prendre pour se décider le temps qu'il voulait. (*Caius*, 2 *inst.* 164, 167; *Ulp.* 22 *reg.* 27.) Cependant il importe toujours que l'hérédité ne reste, ni indéfiniment, ni trop long-temps vacante. L'effet des substitutions, des legs, des fidéicommis et autres dispositions que peut contenir le testament, dépend toujours du parti que prendront les institués; enfin les créanciers du défunt doivent nécessairement connaître leur nouveau débiteur : d'un autre côté, l'adition ou la répudiation de l'hérédité ont un résultat trop absolu, pour qu'il ne soit pas toujours dangereux de prendre inconsidérément l'un ou l'autre parti. Il était donc nécessaire de donner un délai pour délibérer, et de limiter sa durée; c'est aussi ce que faisait le préteur. (*Caius*, 2 *inst.* 167.)

Ulpien (*fr.* 69, *de adquir. vel omitt.*) nous apprend que les substitués recouraient au préteur pour faire déterminer un délai à l'expiration duquel ils pouvaient se porter héritiers au lieu et place de l'institué qui ne l'aurait pas fait. Semblable délai se donnait aussi sur la demande des créanciers; et, lorsqu'il expirait sans que l'hérédité fût appréhendée par celui à qui elle était déférée, les créanciers pouvaient faire vendre les biens sous le nom du défunt. (*Caius*, 2 *inst* 167.) Le silence de ceux à qui l'hérédité était déférée équivalait donc à une renonciation. Depuis Justinien il en est autrement, comme nous le verrons ci-après (685; § 6, *h. t.*).

683. Les héritiers siens ne répudient point une hérédité qui leur est acquise de droit et indépendamment de toute volonté; ils n'ont donc pas à délibérer, du moins d'après le droit civil. En effet, le *deliberandi potestas* n'est accordé, par notre texte, qu'aux externes (*extraneis heredibus*) : cependant il faut observer que le droit honoraire, en autorisant l'abstention des héritiers siens, leur conserve le droit de prendre, tant que les biens n'ont pas été vendus, l'hérédité dont ils se seraient d'abord abstenus; et dans ce cas ils obtiennent, pour délibérer, un délai pendant lequel on sursoit à la vente des biens. (*Ulp. fr.* 8, *de jur. del.*)

684. Après l'adition nul ne peut répudier; et après s'être immiscé, l'héritier sien ne peut s'abstenir : ce principe reçoit une première exception en faveur des mineurs de vingt-cinq ans. Elle est tirée du droit prétorien, qui toutefois n'accorde jamais indistinctement et sans examen le secours dont il s'agit. (*Ulp. fr.* 11, § 3; *fr.* 13, *de min.*) Ce secours consiste à rétablir le mineur dans la position où il se trouvait avant son immixtion ou son adition, qui sont rescindées et considérées comme si elles n'avaient point eu lieu. A ce moyen on fait renaître pour le mineur le droit qu'il avait d'abandonner l'hérédité paternelle, ou de répudier celle d'un étranger. (*Ulp. fr.* 7, § 5 *et* 9, *de minor.*) Nous reviendrons plus tard (V. § 5 *et* 6, *de act.*) sur ce bénéfice du droit honoraire, qui s'applique non-seulement à l'acquisition d'une hérédité, mais à toutes les causes de lésion qu'éprouvent les mineurs de vingt-cinq ans (*text. hic*; V. § 33, *de act.*).

§ VI.

Si les majeurs de vingt-cinq ans ont quelquefois pu revenir sur leur acceptation, ce n'a jamais été que par l'effet d'une concession individuelle, ou d'un privilége accordé à la profession des armes. (V. *text. hic.*) Sans rien ajouter à ce que dit notre texte sur les constitutions spéciales rendues à cet égard par Adrien et par Gordien, je me hâte d'arriver au bénéfice dont parle Justinien.

685. C'est le bénéfice d'inventaire, au moyen duquel tout héritier peut appréhender l'hérédité sans être tenu des charges qui excèdent la valeur des biens, et sans confondre ses droits avec ceux du défunt. Pour cela il faut dresser, dans un délai déterminé, un inventaire, c'est-à-dire un état descriptif et estimatif de tout ce qui se trouve dans l'hérédité, afin que la valeur en soit constatée d'après les formes et les conditions requises par la constitution de Justinien. (*C.* 22, *de jur. delib.*)

Au moyen de cette précaution, Justinien considérant toute délibération comme superflue, annonce que l'on doit appréhender sans hésitation et sans inquiétude l'hérédité la plus onéreuse. Cependant, et par

pure condescendance pour des craintes qu'il déclare chimériques, il consent qu'un délai pour délibérer continue d'être accordé à ceux qui le demanderont; mais sans qu'il puisse être étendu à plus de neuf mois par les magistrats, et à plus d'un an par le prince lui-même (*d. C.* 22, § 13). Dans ce cas, l'héritier qui délibère ne peut pas jouir du nouveau bénéfice introduit par Justinien; son acceptation, malgré l'inventaire qu'il est obligé de dresser, l'astreint à toutes les charges de l'hérédité; et, pour s'y soustraire, il doit répudier expressément avant l'expiration du délai. Dans le cas contraire, et par le seul effet de son silence, il resterait héritier pur et simple (*d. C.* 22, § 14).

TITRE XX.

DES LEGS.

PR.

Caïus (2 *inst.* 191) et Justinien, avant de passer aux hérédités légitimes, s'occupent ici des legs: par cette marche ils interrompent un traité relatif aux manières d'acquérir *per universitatem*, pour revenir aux acquisitions d'objets particuliers, et ils s'excusent de cette digression, qui toutefois n'est pas faite *sine causa* (*text. hic*; V. § 6, *per quas person.*). Effectivement, il importe de ne pas isoler ce qui reste à dire sur les testamens, dont l'institution forme l'objet essentiel, sans en être l'objet unique. Les legs sont un accessoire trop important, et une charge trop considérable de l'hérédité testamentaire, pour qu'on puisse les expliquer séparément.

686. Dans son acception la plus étendue, le mot legs comprend toutes les libéralités dont l'effet dépend du décès, comme les fidéicommis, les donations à cause de mort, etc. (*Paul. fr.* 87, *de legat.* 3°.)

Le legs proprement dit est une donation laissée par testament, *testamento facta* (*Modest. fr.* 36, *de legat.* 2°); et en effet il n'y a point de legs *ab intestat* (§ 10, *de fideic. hered.*; *Caius*, 2 *inst.* 270): mais, au lieu de TESTAMENTO FACTA qui se trouve dans la définition de Modestinus, notre texte dit A DEFUNCTO RELICTA: d'où il résulte que le legs consisterait dans une donation faite par un défunt, sans distinction entre le défunt testat ou intestat. Ce changement, dans les Institutes de Justinien, a, dit-on, pour but de faire concorder la définition des legs avec une constitution par laquelle ce prince les assimile aux fidéicommis (§ 2, *h. t.*), autre sorte de dernière volonté qui peut être valablement manifestée ab intestat (§ 10, *de fideic. hered.*; *Ulp.* 25 *reg.* 4): dans ce sens notre texte définirait le legs considéré dans le dernier état du droit, le legs assimilé au fidéicommis, et confondu avec lui, ce qui ne cadre guère avec l'intention formellement énoncée par Justinien de traiter séparément les legs et les fidéicommis (§ 3 *in fin.*, *h. t.*), et encore moins avec le texte où il oppose les uns aux autres, précisément sous ce rapport que les premiers ne peuvent subsister *ab intestat* (§ 10, *de fideic. hered.*). La contradiction devient plus sensible encore lorsqu'on termine la définition par ces mots *ab herede præstanda*, que plusieurs éditeurs rejettent comme une addition des copistes, et qui, dans tous les cas, exprimeraient un autre caractère distinctif des legs. En effet, l'héritier seul peut être chargé d'un legs, tandis que le fidéicommis peut être mis à la charge d'un légataire ou de toute autre personne (*pr.*, *de sing. reb.*; *Caius*, 2 *inst.* 260; *Ulp.* 24 *reg.* 20).

Quoi qu'il en soit, le legs n'est pas une véritable donation formée par le concours de deux volontés; c'est une donation improprement dite (*donatio quædam*) qui subsiste sans le consentement des légataires, et même à leur insu. Cependant nul n'est forcé de recevoir malgré soi les legs faits en sa faveur (*Papin. fr* 80, *de legat.* 2°; *Ulp. fr.* 81, § 6. *de legat.* 1°): mais ce n'est qu'après la mort du défunt, et lorsqu'on est admis à les recueillir qu'on peut valablement les refuser; et, tant qu'ils ne sont pas répudiés, les legs subsistent par la seule volonté du disposant. Il en est autrement de la donation, qui n'existe pas tant que la volonté du donataire n'a pas concouru avec celle du donateur. (V. *Paul. et Pompon. fr.* 10 et 26, *de donat.*)

§ I.

687. Le droit romain distinguait plusieurs espèces de legs. Les uns transféraient

directement le domaine de la chose léguée : tel était le legs PER VINDICATIONEM (V. *Caius*, 2 *inst.* 192, 194; *Ulp.* 24 *reg.* 2, 3 *et* 7), ainsi appelé sans doute parce que la disposition rendait le légataire maître de l'objet légué, et lui procurait l'action en revendication, qui n'est qu'une conséquence de la propriété acquise (370, 374; V. *Caius*, *ibid.* 194, 195).

Certains legs, au contraire, sans rien transférer directement au légataire, obligeaient l'héritier à donner ou à faire une chose quelconque. De là résultait pour celui-ci une espèce de condamnation, qui l'astreignait envers le légataire à exécuter l'ordre du testateur, quand même il aurait concerné la chose d'autrui; car la chose d'autrui, qu'on ne peut jamais aliéner, peut devenir l'objet des obligations que l'on impose à soi-même ou à ses héritiers (V. § 4, *h. t.*) : tel était le legs PER DAMNATIONEM, que l'on appelait *optimum jus legati*, parce qu'il laissait plus de latitude à la volonté du testateur. Effectivement, celui-ci ne pouvait léguer *per vindicationem*, que les choses dont il était propriétaire aux deux époques de la confection du testament et de sa mort; mais lorsqu'il s'agissait d'une obligation imposée à l'héritier *per damnationem*, alors il importait peu que l'objet de cette obligation eût appartenu au testateur à ces deux époques, ou même qu'il lui eût jamais appartenu. (*Caius*, 2 *inst.* 197, 201, 203; *Ulp.* 24 *reg.* 7 *et* 8.) Les légataires devaient, dans tous les cas, s'adresser à l'héritier par une action personnelle, et ce n'est que par lui qu'ils obtenaient la chose léguée. (*Caius*, 2 *inst.* 202, 204; V. § 4, *h. t.*)

688. L'obligation imposée à l'héritier n'avait pas toujours la même étendue. Au lieu de le condamner à donner, à transférer la chose, on lui ordonnait quelquefois de la laisser prendre et emporter par le légataire. Cette tolérance, tout-à-fait indifférente pour la chose d'autrui, devenait très-utile au légataire pour les choses du défunt ou de l'héritier : il suffisait que le légataire en prît possession pour arriver à la propriété, puisque alors il possédait sans opposition du propriétaire (394); et, pourvu que la chose appartînt au défunt ou à l'héritier, on n'examinait pas depuis combien de temps elle appartenait à l'un ou à l'autre. (*Caius*, 2 *inst.* 209, 210; *Ulp.* 24 *reg.* 10.)

La volonté du testateur avait donc ici moins de latitude que dans le legs *per damnationem*, et plus que dans le legs *per vindicationem*; conséquemment l'obligation passive imposée à l'héritier constituait un troisième genre de legs SINENDI MODO. (*Caius*, 2 *inst.* 209, 210; *Ulp.* 24 *reg.* 2 *et* 5.)

689. Ces différences entre chaque disposition ne sont point le résultat d'une règle posée *à priori*, et par laquelle on aurait établi d'avance plusieurs manières de léguer, en assignant à chacune d'elles des objets et un effet particulier; il semble, au contraire, que tout dérivait ici de la volonté du testateur et des conséquences que lui donnait une interprétation rigoureuse, mais exacte, des expressions et de la formule qu'il aurait choisies parmi celles que l'usage avait consacrées. Ainsi le legs conférait au légataire soit la revendication, soit une action personnelle contre l'héritier, suivant que les expressions indiquaient une translation directe de la chose ou une obligation imposée à l'héritier. Dans le premier cas, la disposition constituait un legs *per vindicationem*; dans le second cas, le legs était ou *per damnationem* ou *sinendi modo*, suivant que l'obligation imposée à l'héritier l'astreignait à un fait ou à une simple tolérance.

Ainsi lorsque le testateur, agissant par lui-même sans adresser la parole à personne, disait no (1), LEGO; ou, lorsque adressant au légataire même une expression impérative, il disait SUMITO, CAPITO, etc., on en concluait que ce dernier avait acquis, par le fait même du testateur, la propriété que celui-ci peut transférer par testament, c'est-à-dire celle qui lui appartenait aux deux époques de la confection et de la mort. Tous autres objets légués de la même manière l'étaient inutilement, parce qu'il n'en résultait aucune obligation pour l'héritier de transférer la chose qui n'avait pas été transférée par le testament même. On tirait une conséquence directement opposée des expressions par lesquelles le testateur, s'adressant à l'héritier, lui donnait un ordre impératif (DAMNAS ESTO). Cet ordre et l'obligation qui en résulte, avaient entre le légataire et l'héritier l'effet qu'une obligation produit ordinairement

(1) DARE, ainsi que nous l'avons déjà dit (487), signifie précisément transférer la propriété (§ 14, *de action.*).

entre un créancier et son débiteur. Le légataire n'était propriétaire de rien, mais il pouvait acquérir l'objet légué en forçant l'héritier à exécuter l'ordre du testateur. Tel est le but de l'action personnelle qui résultait du legs *per damnationem* ou du legs *sinendi modo* (1); et, s'il y avait quelque différence entre eux, c'est parce que l'ordre donné à l'héritier exprimait tantôt un devoir actif (*damnas esto* DARE, DATO, etc.), tantôt un devoir purement passif (*damnas esto* SINERE, etc.)

690. Justinien nous annonce une quatrième espèce de legs PER PRÆCEPTIONEM, qui se trouve pareillement énumérée dans Caïus (2 *inst.* 192), et dans Ulpien (24 *reg.* 2). Quelquefois, en effet, le testateur s'adressait directement au légataire, et, donnant un ordre impératif comme dans le legs *per vindicationem*, lui disait, non pas précisément de prendre l'objet légué (*capito*), mais de prélever (PRÆCIPITO) : ce qui, à proprement parler, signifie prendre d'avance ou hors part, c'est-à-dire avant de partager l'hérédité, et indépendamment de la part qu'on pourrait y avoir. Les Sabiniens, s'attachant à cette différence, considéraient le legs *per præceptionem* comme une disposition distincte du legs *per vindicationem*, et plus rigoureuse encore. Suivant eux, elle ne pouvait profiter qu'à l'un des héritiers; car les héritiers seuls sont dans le cas de partager l'hérédité, et par conséquent de prendre avant partage ou par prélèvement. En continuant de suivre le sens exact du verbe *præcipere*, et en considérant le prélèvement comme une opération préalable du partage, les Sabiniens n'accordaient dans ce cas aucune autre action que celle qui se donne aux héritiers pour faire partager entre eux les biens du défunt, l'action dite *familiæ erciscundæ*. (V. § 5, *de oblig. quasi ex contr.*) Ainsi, pour toute autre personne que l'un des héritiers, et pour tout autre objet que ceux de l'hérédité, le legs *per præceptionem* serait demeuré inutile. (*Caius*, 2 *inst.* 216, 217, 219, 220.)

Une autre interprétation du verbe *præcipere* lui attribuait au moins le sens de *capere*. En effet, ces deux expressions ne diffèrent que par la syllabe *præ*, dont l'addition ne paraissait pas devoir diminuer la valeur de l'expression : aussi, pour ne pas anéantir toutes les dispositions où le verbe PRÆCIPITO ne s'adresserait pas à l'un des héritiers, on décidait comme si le testateur avait écrit CAPITO, sans aucun égard à la syllabe *præ*; et alors le legs *per præceptionem* ne différait en rien du legs *per vindicationem*. Telle était l'opinion des Proculéiens, opinion confirmée, dit-on, par une constitution d'Adrien (2).

691. Quoi qu'il en soit, Justinien nous annonce que la nécessité d'employer des formules spéciales (*solemnitas verborum*) a été totalement supprimée (*penitus sublata*) par les constitutions de ses prédécesseurs. En effet, depuis Constantin (*C.* 21, *de legat.*) on pouvait employer, pour faire un legs, les expressions du langage ordinaire; mais cela n'empêchait pas de distinguer encore l'intention du testateur et de reconnaître un legs *per vindicationem* dans toutes les dispositions qui supposaient une translation directe de l'objet légué, et, au contraire, un legs *per damnationem* partout où la volonté du testateur ne devait être exécutée que par son héritier. Toutefois il importe de savoir que long-temps avant Constantin, dès le règne de Néron, on avait déjà renoncé à la stricte interprétation des formules. Ainsi la formule du legs *per vindicationem*, n'indiquant aucune obligation imposée à l'héritier par le testateur, n'avait primitivement qu'un seul effet, celui de transférer la propriété au légataire; et lorsqu'elle ne pouvait produire ce même effet, elle n'en produisait aucun. Voilà pourquoi, dans l'origine, on aurait inutilement légué *per vindicationem* la chose d'autrui; mais un sénatus-consulte appelle *Néronien* voulut que le legs *per*

(1) Observez que le legs *sinendi modo* ne donne jamais l'action réelle. A cet égard, le texte de Caius (2 *inst.* 213) suffit pour démontrer l'erreur dans laquelle Pothier (*pand. just.* XXX, 2 et 276) a été induit par l'*epitome* de ce même texte.

(2) *V.* Caius (2 *inst.* 221) et Ulpien (24 *reg.* 6 *et* 11). Observez que, dans ce système, le legs *per præceptionem* doit produire trois actions, savoir, 1° la revendication des objets légués par un testateur qui en aurait eu le domaine quiritaire aux deux époques de la confection et de la mort; 2° l'action personnelle, donnée en vertu du sc. Néronien, pour obliger l'héritier à procurer au légataire la chose d'autrui; 3° l'action *familiæ erciscundæ*, pour obtenir le prélèvement des choses laissées *in bonis* par le testateur qui n'avait pas le domaine quiritaire. Cette dernière action ne pouvait être donnée qu'à l'un des héritiers; mais les deux autres compétaient au légataire, soit qu'il fût ou ne fût pas en même temps héritier. (*Caius*, 2 *inst.* 212.)

vindicationem, lorsqu'il ne pourrait pas valoir comme tel, valût toujours comme s'il avait été fait *per damnationem*. (*Caius*, 2 *inst.* 197; *Ulp.* 24 *reg.* 11.)

Dès lors la distinctioo des quatre espèces de legs, et celle des objets auxquels chaque espèce était directement applicable, empêcha rarement que la disposition ne produisît un effet quelconque. A la vérité, toutes les formules ne transféraient pas la propriété, et les legs *per vindicationem* ou *per præceptionem* ne la transféraient pas toujours; mais le sénatus-coosulte Néronien leur doonait au moins l'effet du legs *per damnationem*, et, comme ce dernier, ils produisaient alors une action personnelle contre l'héritier. (*Caius*, 2 *inst.* 197, 218, 222.)

692. Cette action personnelle était donc une ressource toujours ou presque toujours (1) ouverte au légataire. Justinien la rend générale : il considère tous les legs comme le résultat d'une intention également forte daos le testateur, et il veut que la volooté de léguer, toujours indépendante des expressions qui la manifesteut, soit exécutée par tous les moyens dont elle pourra l'être. Dès lors, et quelle que soit la forme de la disposition, le légataire doit avoir l'actioo personnelle que donnait autrefois contre l'héritier le legs *per damnationem*; et, pour revendiquer la chose léguée, lorsqu'elle appartenait au testateur, l'action réelle qui, dans le même cas, résultait des legs *per vindicationem* et *per præceptionem* (2). Enfin Justinien accorde au légataire, sur tous les biens laissés par le défunt, un droit de gage ou d'hypothèque tacite d'où résulte une seconde action réelle, nommée quasi-servienne ou hypothécaire (3). Tel est le résultat de la constitution que Justinien nous annonce et par laquelle il prétend attribuer à tous les legs, *una et eadem natura* (*text. hic*; V. *C.* 1, *commun. de legat.*). Nous verrons cependaut que, s'ils ont toujours l'effet qu'ils peuvent avoir, cet effet n'est pas toujours le même.

§ III.

693. Non content d'avoir assimilé les legs eotre eux, l'empereur les assimile tous aux fidéicommis, et réciproquement (*text. hic*; *C.* 2, *commun. de legat.*). Toutefois, puisque Justioieu lui-même, pour éviter toute confusion, croit devoir traiter séparément, d'abord des legs et ensuite des fidéicommis, nous atteodrons pour comparer les uns aux autres, et pour expliquer les inoovations de Justioien, les occasions qu'il nous fournira lui-même dans ce titre et dans ceux qui le suivent.

Examinons d'abord les choses qui peuvent être léguées.

§ VII.

694. Il faut d'abord que la chose léguée existe dans la nature, sinou pour le momeut, au moins pour l'avenir, comme on le voit par les exemples de notre texte. Et, en effet, ce qui ne doit jamais exister ne peut servir à rien (*Javol. fr.* 7, § 1, *de tritic. vin.*).

Dans l'ancien droit, les objets dont le testateur n'était pas propriétaire lors de la confection du testament, et par conséqueut les choses futures dont il est ici question, ne pouvaieut régulièrement se léguer que *per damnationem*. (*Caius*, 2, *inst.* 203.)

§ IV ET XI.

695. Le legs, étant une manière d'acquérir, ne peut avoir pour objet les choses qui, n'étant pas dans le commerce, ne peuvent s'acquérir d'aucune manière (V. § 4, *h. t.*; § 1, *de usucap.*; § 2, *de inutil. stipul.*; § 5, *de empt. vend.*), et dans l'impossibilité où est le légataire de recevoir une semblable chose, on ne doit pas même l'indemniser par une estimation quelconque; car l'estimation que l'on donne quelquefois en place de l'objet légué n'est qu'un moyen plus simple d'exécuter uoe obligation difficile, mais possible à remplir.

(1) PLERUMQUE, dit Jostinien lui-même daos la constitution qui supprime toute différence entre les diverses espèces de legs. (*C.* 1, *commun. de legat.*)

(2) Nous reviendrous plus loin (V. 1095; § 5, *de oblig. quasi ex contr.*) sur le choix que le légataire peut avoir entre l'action personnelle et la revendication. (V. *Julian. fr.* 84, § 13, *de legat.* 1°; *Papin. fr.* 76, § 8, *de legat.* 2°.)

(3) *Voyez*, pour celle actioo, le § 7 *de action.*, et son explication.

L'impossible, au contraire, n'admet ni équivalent ni exécution.

Ainsi, par exemple, le legs d'une chose sacrée est absolument nul (*nullius momenti*); tandis que la chose d'autrui devient l'objet d'une disposition valable, parce que, malgré les difficultés que peut offrir à l'héritier l'acquisition de cette chose, il n'est cependant pas impossible qu'il se la procure pour la remettre au légataire (V. *Ulp. fr.* 39, § 7, *de legat.* 1°): en conséquence, s'il ne remet pas la chose léguée, il en paie l'estimation (§ 4, *h. t.*).

On peut donc léguer la chose d'autrui; mais alors le légataire n'ayant aucun droit sur l'objet même du legs, s'adresse aux héritiers pour les forcer à donner la chose ou sa valeur. Observez cependant une distinction de laquelle dépend la validité d'un semblable legs. Peut-être, dit-on (*forsitan*), le testateur n'aurait-il pas légué la chose d'autrui s'il l'avait connue pour telle; et en effet, il est beaucoup moins dur pour l'héritier de délivrer ce dont il est déjà propriétaire que d'acquérir pour remettre à autrui. Sans doute la volonté du testateur peut l'y obliger; mais cette volonté ne se présume pas : on exige, pour y croire, que le testateur ait agi en pleine connaissance de cause. La chose de l'héritier n'est pas dans le même cas; le legs en est valable sans distinction, parce que l'héritier n'a rien à acquérir pour exécuter la disposition. (*Papin. fr.* 67, § 8, *de legat.* 2°.)

696. La question de savoir si, en léguant la chose d'autrui, le testateur agissait sciemment, repose sur un fait invariable en lui-même, mais douteux jusqu'à la preuve qui découvrira la vérité. Or, il n'est pas indifférent de savoir par qui doit être levé le doute; faudra-t-il démontrer l'erreur où pouvait être le testateur, ou bien, en sens inverse, attendra-t-on la démonstration du fait contraire? L'erreur, si elle devait être prouvée, devrait l'être par l'héritier, et réciproquement la preuve que le défunt agissait en connaissance de cause incomberait au légataire, parce qu'en général, lorsqu'un fait est allégué d'un côté et nié de l'autre, *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.* (*Paul. fr.* 2, *de prob.*) Ici le véritable fait en question, c'est l'existence et la validité du legs, affirmée par le légataire et déniée par l'héritier. C'est donc au légataire à prouver ce qu'il affirme; cette preuve suppose celle de toutes les circonstances nécessaires à la validité du legs, et par conséquent celle d'une pleine et entière connaissance de cause dans le testateur. Ce que nous décidons ici entre le légataire et l'héritier se décide, en règle générale, entre toutes personnes dont l'une agit contre l'autre; c'est toujours au demandeur à justifier la demande qu'il forme contre le défendeur (*text., hic in fin.*; *Marcian. fr.* 21, *de prob.*); et, lorsqu'elle n'est pas prouvée, le doute qui subsiste suffit pour la faire rejeter (§ 4, *de interd.*; V. *Anton. C.* 4, *de edend.*).

697. Que décidera-t-on en sens inverse, c'est-à-dire lorsque le testateur aura légué un objet dont il était, mais ne se croyait pas propriétaire. L'erreur du défunt infirme-t-elle ce dernier legs comme elle a infirmé le précédent (695)? Il est des cas où l'on s'attache moins à la réalité du fait qu'à l'opinion des personnes : ainsi, par exemple, l'erreur de celui qui se croirait incapable d'accepter ou de répudier une hérédité suffit, malgré sa capacité réelle, pour empêcher l'effet de sa volonté; dans ce cas, *plus est in opinione quam in veritate* (*Ulp. fr.* 15 *et* 16, *de adquir. vel omitt.*) Une décision directement opposée valide la disposition de celui qui, en léguant sa propre chose, a cru léguer la chose d'autrui (§ 11, *h. t.*) : en effet, si, dans le cas inverse, l'erreur infirme le legs, c'est parce qu'elle rend la volonté douteuse. De ce que le défunt a voulu donner sa chose on n'ose pas conclure qu'il aurait également donné celle d'autrui; mais celui qui lègue la chose d'autrui aurait plus facilement encore légué la sienne : on ne craint donc pas alors, en validant le legs d'outre-passer l'intention réelle du défunt. Ainsi relativement à la propriété de l'objet légué, il faut s'attacher à la réalité plutôt qu'à l'opinion du testateur (700) : tel est le sens de la règle, *plus valet quod in veritate est quam quod in opinione* (*d.* § 11, *h. t.*; V. *Paul. fr.* 9, § 4, *de jur. et fact.*).

§ V.

698. L'hypothèque conférée par le créancier sur une chose lui donne le droit de suivre cette chose en toutes les mains, et de forcer les détenteurs, même lorsqu'ils ne doivent rien personnellement, à délaisser la chose. (V. § 7, *de act.*) Le légataire,

comme tout autre détenteur, se trouverait exposé à l'action hypothécaire. Il est donc intéressé à ce que l'héritier paie le créancier, avant de remettre la chose, dont la délivrance serait imparfaite tant que le légataire aurait à craindre quelque trouble.

Il en est de ce droit du créancier comme de la chose d'autrui ; et; pour décider si l'héritier est ou n'est pas obligé de dégager la chose, on examine, comme dans le paragraphe précédent, si le testateur connaissait l'hypothèque.

Il faut observer que cette distinction n'a d'autre fondement que l'intention présumée du testateur ; aussi l'hypothèque dont il a connu l'existence reste à la charge du légataire, lorsque telle est la volonté expresse du défunt (*si tamen, etc.*); et réciproquement l'hypothèque dont celui-ci n'aurait pas eu connaissance doit être dégagée par l'héritier, lorsque l'on peut supposer que telle aurait été la volonté du testateur. (V. *Ulp. fr.* 57, *de legat.* 1°; *Alex. C.* 6, *de fidéic.*)

§ X ET XI.

699. Les choses qui sont dans le commerce n'y sont pas toujours à l'égard de tous; et il importerait fort peu que la chose léguée pût devenir la propriété d'un autre, si elle ne pouvait pas devenir celle du légataire. Aussi ne peut-on léguer à chacun que ce qu'il peut acquérir. (*Paul. fr.* 49, § 2, *de legat.* 2°.) Nous retrouvons la conséquence du même principe dans la décision de notre texte ; il est inutile, en effet, de léguer à une personne ce qui lui appartient déjà (§ 10, *h. t.*).

Si la chose cesse d'appartenir au légataire, le legs n'en devient pas meilleur (§ 10, *h. t.*) ; car les dispositions qui n'auraient pu valoir dans l'hypothèse où le père de famille serait mort à l'instant même de la confection du testament, ne deviennent jamais valables, quelque longue que soit ensuite la vie du testateur. Telle est la règle catonienne (§ 32, *h. t. Cels. fr.* 1, *de reg. cat.*; *Ulp. fr.* 41, § 2, *de legat.* 1°).

700. La nullité du legs dans le cas ci-dessus ne tient pas à l'insuffisance de la volonté du testateur, mais seulement à l'impossibilité d'exécution. Lorsqu'il est possible de donner un effet à cette volonté, le legs est valable par cela seul (*quia exitum voluntas defuncti habere potest*; § 11, *h. t.*), quand même le testateur aurait considéré la chose comme appartenant déjà au légataire, parce qu'en pareille matière ce n'est pas l'opinion, c'est le fait qui décide (697).

701. Lorsqu'il est impossible au légataire d'acquérir la chose léguée, il n'en reçoit pas même l'estimation (§ 10, *h. t.*). Notre texte le décide ici comme on l'a décidé plus haut (695) relativement aux choses qui sont tout-à-fait hors du commerce ; mais cette rigueur était bornée au legs. On était moins sévère dans les fidéicommis : pourvu que la disposition n'eût rien d'illicite, le fidéicommissaire avait droit à l'estimation de la chose qu'il aurait été accidentellement incapable d'acquérir. (*Marcian. fr.* 114, § 5, *de legat.* 1°; *Ulp. fr.* 40, *eod.*; *fr.* 11, § 17, *de legat.* 3°.)

702. Le légataire qui, au moment de la confection du testament, n'avait pas la chose léguée, peut l'acquérir postérieurement, et alors l'intention du testateur devient aussi impossible à exécuter qu'elle l'aurait été dans le cas du paragraphe X ; ou, pour mieux dire, elle est déjà exécutée en ce sens que le légataire a réellement obtenu tout ce que voulait lui faire obtenir le défunt. Il n'a donc plus rien à demander, du moins lorsque son acquisition provient d'une cause purement lucrative, *veluti ex donatione vel alia simili causa*; car on tient pour constant que deux causes lucratives ne doivent pas se cumuler en faveur du même individu (1), relativement au même objet (*text. hic*; V. *Paul. fr.* 21, § 1, *de legat.* 3°).

Si l'acquisition de la propriété trouve un obstacle dans la propriété déjà acquise, elle n'en rencontre aucun dans l'estimation déjà reçue par le légataire. La valeur de la chose n'a rien de commun avec la chose même. (*Cels. fr.* 88, *de verb. sign.*) Tel est le motif de la distinction de notre texte dans le cas où le même objet

(1) Observons, à cet égard, que le maître et l'esclave ne sont pas considérés comme une seule et même personne. Le legs fait à l'esclave subsiste sur sa tête, quoiqu'il n'ait faction de testament que du chef de son maître. (*Paul. fr.* 82, § 2, *de legat.* 2°; *Papin. fr.* 5, *de servit. legat.*) V. les § 32 et 33 de ce livre avec leur explication.

serait légué par deux testamens (*duobus testamentis*), c'est-à-dire par deux testateurs différens ; car, nous avons déjà vu, qu'un citoyen ne peut jamais laisser qu'un seul testament.

Notre texte suppose que le légataire aurait acquis la chose léguée (*vivo testatore*) avant la mort du testateur, ce qui se dit ici par forme d'exemple ; car le même motif nécessiterait la même décision, si l'acquisition du légataire était postérieure au décès. En effet, comme il s'agit ici de la chose d'autrui (1), chose dont le legs rendrait les héritiers débiteurs, ils seraient libérés par cela seul que le créancier aurait obtenu la chose à titre gratuit. (*Julian. fr.* 17, *de oblig. et act.*)

703. Le but du testateur n'est qu'imparfaitement atteint lorsque le légataire fait quelque sacrifice pour se procurer la chose léguée, ou lorsqu'il lui reste encore quelque droit à acquérir sur cette chose ; et alors il peut, en vertu du legs, demander *ex testamento actione* le prix qu'il a déboursé (*text. hic* ; *Ulp. fr.* 34, § 7, *de legat.* 1° ; *fr.* 15, *quib. ex caus. in possess.*) ou le droit qui lui manque encore. (*Julian. fr.* 86, § 4, *de legat.* 1°.)

§ IX.

704. Supposons donc un légataire du fonds d'autrui, qui d'abord achète ce fonds *deducto usufructu*, et ensuite par l'extinction de l'usufruit, obtient la pleine propriété ; il agira *ex testamento*, et le juge, dit Julien *fr.* 82, § 2, *de legat.* 1°), lui fera rembourser ce qu'il aura payé pour la nue propriété. Cette décision de Julien est claire et précise ; notre texte la rend plus difficile à entendre, lorsqu'il annonce que le légataire agissant en vertu du testament et demandant le funds (*fundum petere*) agira régulièrement (*recte agere*).

Par là, on indique deux choses, savoir : 1° que le légataire doit demander le fonds et non pas le prix d'acquisition ; 2° que cette demande est sans danger pour lui.

On demande aux héritiers le fonds et non pas directement le prix, parce que c'est en vertu du legs et conformément au testament que l'on agit (*ex testamento agat*) : or, le testateur n'a point légué le prix, mais la chose ; et quoique le légataire ait déjà le fonds, cependant, à l'égard des héritiers chargés de le lui procurer, ce même fonds est censé lui manquer par cela seul qu'il en a déboursé la valeur. (*Paul. fr.* 14, *de verb. sign.* ; V. *Julian. fr.* 9, *de oblig. et act.*)

705. La demande du fonds est sans danger pour le légataire, quoiqu'en général celui qui demande plus qu'on ne lui doit, encoure une déchéance fatale (§ 33, *de act.*). Or, qui dit le fonds dit tous les droits du fonds, la pleine propriété, par conséquent aussi l'usufruit (*Julian. fr.* 10, *de us. et usufr.* ; *Modest. fr.* 19, *eod.*) : mais l'usufruit n'est pas dû. On répond à cette objection que, relativement à la demande du fonds, l'usufruit sera considéré comme une servitude (*locum servitutis obtinet*). Pour apprécier cette réponse, il faut savoir que celui qui demande un fonds est censé demander la propriété, moins les servitudes qui en sont détachées, et la demande, interprétée en ce sens, n'expose à aucune déchéance. Pareillement, la demande du fonds s'entend ici de la propriété moins l'usufruit : en effet, la même expression ne s'interprète pas de la même manière dans le legs que fait le testateur et dans la demande que forme le légataire. Dans le testament, *fundus* signifie la pleine propriété (431) ; et dans la demande, *fundus* ne signifie souvent que la nue propriété, parce que, dans le doute, on prend le sens le plus favorable au demandeur. (*Ulp. fr.* 66, *de judic.*) D'ailleurs il n'est pas sans exemple de dire le *fonds*, pour la nue propriété du fonds. (*Paul. fr.* 25, *de verb. signif.*)

706. Sur la demande du fonds, c'est au juge qu'il appartiendra (*officio judicis continetur*) d'ordonner ce qu'exige la circonstance, en faisant remettre (*præstari jubeat*) au légataire, non pas le fonds, mais l'estimation, qui ne peut jamais former l'objet direct de sa demande, et que l'héritier ne pourrait pas facultativement substituer à la chose même (V. *Ulp. fr.* 71, § 4, *de legat.* 1°) ; ici l'estimation du fonds sera celle de la nue propriété, *deducto usufruc-*

(1) *Si res aliena legata fuerit*, dit notre texte. Si le testateur avait légué sa propre chose, le légataire ne pourrait l'acquérir *vivo testatore* qu'autant que celui-ci l'aliénerait ; et cette aliénation aurait sur la validité du legs une influence spéciale. (V. § 12, *h. t.*)

tu. Régulièrement le juge doit statuer sur la demande qui lui est soumise (*Javol. fr.* 18, *comm. div.*); quelquefois cependant il peut et doit s'en écarter, mais pour des motifs graves, et notamment lorsque l'impossibilité de délivrer le legs en nature oblige à remettre l'équivalent. (V. § 6, *h. t.*; *Ulp. fr.* 11, § 17; *Caius*, *fr.* 14, § 2; *Javol. fr.* 30, § 6, *de legat.* 3°.) Nous avons déjà vu (§ 28 *de div. rer.*) un pareil exemple de l'office du juge.

§ XIII.

707. On lègue à quelqu'un sa libération pour le libérer de ce qu'il doit au testateur, à l'heritier ou même à un tiers. (*Pompon. fr.* 8 *de liberat. leg.*) Ce qui se fait soit en léguant (*liberationem*) la libération, en propres termes, soit en léguant au débiteur ce qu'il doit, soit en défendant à l'héritier d'exiger la créance (*text. hic*); on peut aussi, comme nous le verrons plus bas (§ 21 *in fin.*, *h. t.*), lui ordonner de payer les dettes du légataire. Il s'agit ici de la libération léguée par le testateur (*debitori suo*) à son propre débiteur, qui devient ensuite débiteur de l'héritier. Tant qu'une chose nous est due, elle n'est point encore à nous; le débiteur en conserve la propriété, et ne nous la transmet par le paiement qu'en cessant de la devoir. Léguer à quelqu'un ce qu'il doit, c'est donc en quelque sorte lui léguer sa propre chose : cette observation paraît avoir motivé, sur la validité du legs de libération, des doutes qui ont été facilement levés. (V. *Ulp. fr.* 3, § 1, *de liber. legat.*) En effet, ce legs n'a réellement pas pour objet la propriété de la chose due, mais seulement la remise d'une créance et du droit qu'elle donne contre le légataire relativement à la chose due.

Néanmoins ce legs, quoique valable, n'opère point par lui-même la libération du légataire; il lui fournit simplement une exception contre l'action que pourrait intenter l'héritier : ainsi, lorsque le texte dit que ce dernier ne peut pas demander la chose due, c'est en ce sens qu'il ne peut pas la demander efficacement. (*Ulp. fr.* 3, § 3, *de liber. leg.*) Toutefois l'exception réservée au légataire n'est pas le seul moyen qu'il ait d'obtenir sa libération; il peut, sans attendre qu'on l'attaque, profiter du legs pour attaquer lui-même les héritiers, en agissant contre eux *ex testamento*, afin d'obtenir sa libération (*ut liberet eum*), que l'héritier créancier donnera conformément aux règles qui seront exposées plus loin (1114, § 1 et 2, *quib. mod. obl. solv.*; V. *Ulp. d. fr.* 3, § 3; *Papin. fr.* 22, *de liber. leg.*).

708. Jusqu'à présent, nous avons supposé la libération léguée purement et simplement, et alors les actions ou exceptions accordées au légataire passent à ses héritiers, en sorte que l'héritier du testateur ne pourra rien exiger ni du légataire même, ni des successeurs qui le représenteraient (*text. hic*; *Ulp. fr.* 15; *Pompon. fr.* 8, § 4, *de liber. leg.*). Mais le testateur peut aussi conférer au débiteur un bénéfice purement personnel, et quelquefois même un simple délai, *ad tempus jubere ne heres petat*, dit notre texte : dans ce cas, le légataire ne peut exiger sa libération; il a une exception pour se défendre, seulement pendant sa vie, ou pendant le délai fixé par le testateur. (*Pompon. fr.* 8, § 1 et 3, *eod.*)

La volonté de libérer son débiteur peut se manifester indirectement par de simples indices, et alors l'intention du défunt constitue, sinon un legs, du moins un fidéicommis, d'où résulte aussi une exception contre l'action que voudraient intenter les héritiers du testateur. (V. *Ulp. fr.* 3, § 1, *eod.*; *Scævol. fr.* 17, § 1, *de dol. et met. excep.*; *Diocl. et Max. C.* 17, *de fideic.*)

§ XIV.

709. Examinons maintenant le cas inverse, celui où le débiteur lègue à ses créanciers ce qu'il leur doit. Avant d'expliquer notre texte, il faut d'abord remarquer qu'il n'a traité qu'une des faces de la question. En effet, lorsque le legs et la créance ne sont pas également lucratifs pour le légataire, par exemple, lorsque la créance procède d'une cause onéreuse, ou que le legs contient des charges, alors le légataire cumule cette qualité avec celle de créancier, au moins pour tout ce qu'il y aurait d'onéreux dans l'une ou dans l'autre. (*Afric. fr.* 108; § 4 et 5, *de legat.* 1°.)

Notre texte suppose que la créance et le legs sont également lucratifs, et alors le principe précédemment exposé (702) empêche le cumul. Il faudrait donc opter ;

or, comme l'option entre le legs et la créance du même objet serait sans intérêt, il devient évident qu'en léguant au créancier ce qu'on lui doit à titre lucratif, on ne lui confère aucun avantage, et que par conséquent le legs est nul (*Papin. fr.* 66, *de legat.* 2°; *Paul. contra autem, fr.* 25, *de liber. legat.*) : mais, pour peu qu'il renferme un avantage quelconque, alors le légataire en profite, et le legs est valable. C'est ce qui arrive dans une foule de cas (V. *Pothier, pand. just. XXXIV, III,* 31), notamment lorsque la créance est à terme ou conditionnelle, et le legs pur et simple; le créancier peut agir comme légataire, sans attendre le terme ou la condition, et le legs devient utile *propter repræsentationem* (*text. hic.*, V. *Ulp. fr.* 14, *de liber. legat.*; *Paul. fr.* 29, *de legat.* 1°).

Indépendamment des circonstances dont on vient de parler, le legs se trouve, par sa nature même, plus avantageux qu'une simple créance, lorsqu'il transfère immédiatement la propriété des choses appartenant au testateur; car la propriété acquise est évidemment préférable au droit que l'on aurait comme créancier pour devenir propriétaire. D'un autre côté, sous Justinien, tout legs emporte avec lui une hypothèque tacite : il arrivera donc bien rarement que le titre de légataire ne soit d'aucun avantage pour le créancier. (V. *Vinnius, hic.*)

710. Nous avons dit que le legs pur et simple d'une chose due à terme ou sous condition est valable : continuerait-il de l'être si la condition réalisée, ou le terme arrivé du vivant du testateur, faisait perdre au legs l'avantage qu'il a eu jusque-là sur la créance? Papinien (V. *fr.* 5, *ad leg. falc.*) veut que le legs *quia semel constitit*, conserve sa validité, même dans un état de choses qui aurait été nuisible à son origine. Paul (*fr.* 82, *de legat.* 2°) était d'avis contraire; mais son opinion n'a point été admise (*text. hic.*)

Au surplus, lorsque le legs ou le testament ont produit leur effet, ils ne peuvent plus, quoiqu'il arrive alors, cesser de valoir. Paul (*d. fr.* 82) en convient lui-même.

§ XV.

711. Ce qu'on a dit jusqu'ici suppose que lorsqu'on lègue à son créancier ce qu'on lui doit (*quod debet*), sans autre désignation, on lui doit réellement quelque chose, car un legs fait de la sorte par celui qui ne doit rien est parfaitement inutile. Mais lorsqu'on dit, je lègue à un tel mille francs *que je lui dois*, le legs a pour objet la somme et non pas la dette : ces mots *que je lui dois* ne sont considérés que comme une désignation, dont l'inexactitude ne nuit point à la validité du legs (V. § 30, *h. t.*). En conséquence, le legs des mille francs reste valable quoique le testateur ne doive rien au légataire. (*Paul. fr.* 25, *de liber. legat.*) Nous allons trouver dans notre texte l'application de ces divers principes.

En effet, le mari lègue souvent à sa femme la dot qu'il serait obligé de lui restituer à la dissolution du mariage. Ce legs procure à la femme un avantage réel; car, en réclamant sa dot *ex testamento* comme légataire, elle n'a point à craindre que l'héritier obtienne, comme il pourrait l'obtenir si l'on agissait contre lui par l'action *de dote*, soit un délai pour payer, soit le remboursement des dépenses utiles faites sur la chose dotale. (V. *Ulp.* 6 *reg.* 9 *et* 10; *fr.* 1, § 2 *et* 4, *de dot. præl.*) Sauf cet avantage, la femme n'obtient réellement que sa dot, et le legs se réduit à rien lorsque le mari n'a point reçu de dot (*text. hic; Ulp. d. fr.* 1, *pr. et* § 7.). Quelquefois, au contraire, la dot est mentionnée dans le legs, non comme objet direct de ce legs, mais seulement comme désignation d'une valeur ou d'une chose qui se trouve d'ailleurs suffisamment déterminée, par exemple, lorsque le testateur lègue à son épouse (*certa pecunia*) une somme déterminée, par exemple, 10,000 fr. (*certum corpus*), telle maison, ou (*instrumentum dotis*) la somme énoncée dans le contrat de mariage. Dans tous ces cas, lors même que le testateur ajouterait que les sommes et les choses par lui léguées sont celles qu'il a reçues en dot, l'inexactitude ou la fausseté de cette désignation ne nuiront point au legs; la disposition vaudra, lors même que le mari n'aurait rien reçu (*text. hic; Paul. fr.* 25, *de liber. legat.*; *Alex. C.* 3; *Diocl. et Max. C.* 5, *de fals. caus.*).

§ XXI.

712. Justinien s'occupe maintenant du legs des choses incorporelles : tel serait, par exemple, le legs d'une créance sur un tiers (*nomen*). Observez que cette disposition ne transporte pas directement la créance au légataire, et ne lui donne pas immédiatement le droit d'agir contre le débiteur. Le seul effet du legs est d'obliger l'héritier à céder au légataire l'action du défunt (*text. hic; Julian. fr.* 105, *de leg.* 1°); car toutes les actions héréditaires sont activement et passivement transmises à l'héritier, et ce n'est que par lui qu'elles peuvent arriver aux légataires et fidéicommissaires : en effet, nous avons déjà vu (§ 11, *de test. ordin.*) qu'ils ne sont pas *juris successores*. Après leur avoir ainsi délégué ses actions (*suas actiones*, car les actions du défunt sont devenues celles de l'héritier), celui-ci demeure libéré du legs, sans être obligé à donner la chose due, ni même à garantir l'effet des actions. (V. *Ulp. fr.* 39, § 3, *de legat.* 1°, *fr.* 75; § 2, *eod.*)

Lorsque la créance est éteinte, et, par exemple, lorsque le testateur a été payé de son vivant, le legs périt avec la dette (*text. hic*), comme il périt en général avec l'objet légué (§ 16, *h. t.*), et alors l'héritier n'a plus aucune action à céder au légataire (*text. hic*; V. *Ulp. d. fr.* 39, *et* 75).

713. Au nombre des choses incorporelles que l'on peut léguer, sont aussi les actes que l'on enjoint à son héritier de faire, de ne pas faire, ou de tolérer de la part du légataire. Dans ces différens cas, il suffit, pour la validité du legs, que les actes n'aient rien de contraire aux bonnes mœurs et aux lois. (*Marcian. fr.* 112, § 3 *et* 4, *de legat.* 1°.) Ainsi, par exemple, on peut défendre à son héritier d'exiger le paiement d'une dette (§ 13, *h. t.*); on peut lui ordonner de réparer la maison du légataire, de payer les dettes de ce dernier (*text. hic*), ou de le laisser prendre des pierres dans une carrière appartenant au testateur : toutefois cette tolérance ne s'étendrait point aux héritiers du légataire. (V. *Ulp. fr.* 39, § 4, *de legat.* 1°.)

§ XXII.

714. On s'est occupé jusqu'ici du legs d'*espèces*, c'est-à-dire d'objets certains, spécialement déterminés et distincts de tous autres, comme *tel cheval*, *l'esclave Stichus*, *la maison située à tel endroit.* Souvent, au contraire, il n'y a de certain dans le legs que le nombre des objets légués et leur genre, c'est-à-dire la classe à laquelle chaque chose appartient par des caractères qui lui sont communs avec plusieurs autres choses semblables; par exemple, lorsqu'on lègue un esclave sans dire lequel.

C'est là ce qu'on appelle léguer un genre.

Quoique indéterminé dans la disposition, l'objet du legs doit être spécifié dans l'exécution, car on ne peut ni payer ni délivrer qu'une chose certaine (*species*), et déterminée par un choix que Justinien laisse ici au légataire, sauf la volonté contraire du testateur.

715. Autrefois il n'en était pas toujours ainsi. Le legs *per damnationem*, en constituant l'héritier débiteur du legs, et en le soumettant à une action personnelle, lui laissait, comme à tout autre débiteur d'une chose indéterminée, la faculté de se libérer en donnant une chose ou l'autre à son choix. (V. *Ulp.* 24 *reg.* 14.) Il en était autrement lorsque le légataire avait acquis le droit de revendiquer un objet indéterminé parmi les objets du même genre qui se trouvaient dans l'hérédité. En effet, pour revendiquer, il faut désigner et spécifier un objet que l'on prétend être sien (V. § 1 *in fin.*, *de act. Paul. fr.* 6, *de rei vind.*), ce qui suppose une détermination et par conséquent un choix préalable ou au moins simultané : ainsi, dans les différentes espèces de legs, le choix de l'objet était moins une conséquence du legs lui-même que de l'action par laquelle on agissait (V. *Afric. fr.* 108, § 2, *de legat.* 1°); et par suite, dans la législation justinienne, le concours des actions doit assurer à tout légataire le choix que lui donnait auparavant la revendication.

Ainsi le légataire choisit, du moins lorsqu'il revendique; mais lorsqu'il agit par action personnelle, le choix paraît encore devoir rester à l'héritier, et cela comme une conséquence de l'action et de sa nature; car malgré l'opinion de Vinnius (*hic*,

n°s 6 et 7), je ne crois pas que le même legs puisse donner la revendication au légataire et le choix à l'héritier, à moins que le testateur n'ait formellement exprimé sa volonté (*text. hic*; V. *Pothier, pand. just. XXXIII, V.* 27).

716. Le choix se fait parmi les objets du même genre qui se trouvent d'abord dans l'hérédité, et à défaut dans la nature; de là vient qu'il est certaines choses dont le legs aurait été valable si le testateur avait laissé de semblables choses dans sa succession, tandis que, dans le cas contraire, le legs est inutile à cause de l'immense latitude que laisse une désignation trop vague. Ainsi, par exemple, celui qui lègue une maison, sans dire laquelle, ne fait qu'un legs dérisoire, lorsqu'il ne laisse point de maison; car alors le légataire ne peut avoir sur les maisons étrangères, ni la revendication ni le choix qui en est la conséquence, et l'héritier pourrait exécuter le legs en donnant la plus humble cabane. (*Ulp. fr.* 71, *de legat.* 1°; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 13.)

Toutefois la latitude accordée pour le choix, parmi plusieurs objets du même genre, n'est pas absolue. On en excepte ordinairement le meilleur et le plus mauvais : le légataire ne peut ni prendre l'une ni être forcé de recevoir l'autre (1).

§ XXIII.

717. Léguer un cheval, une maison, en général, c'est léguer une chose corporelle, quoique indéterminée; mais léguer le choix d'un cheval, c'est léguer une chose purement incorporelle, la faculté de choisir, faculté personnelle au légataire, et qui, sans lui rien acquérir encore, permet d'acquérir en choisissant (2).

L'acquisition était donc par la nature même du legs soumise à cette condition, que le légataire choisirait : condition suffisante pour empêcher le légataire, mort avant d'avoir choisi, de rien transmettre à ses héritiers; en effet, la chose qu'il aurait pu choisir ne lui était point encore acquise, et la faculté de choisir mourait avec le légataire (*text. hic*; *Ulp. fr.* 12, § 8, *quando dies legat.*)

Sous ce rapport, le legs d'option différait du legs de genre, lequel, étant pur et simple, passe aux héritiers du légataire pour peu que celui-ci survive au testateur. (*Ulp. d. fr.* 12, § 7, *quando dies leg.*) Justinien supprime cette différence, en donnant aux héritiers du légataire le droit de choisir à sa place (*C.* 3, *commun. de legat.*); ainsi, lorsque plusieurs colégataires, ou plusieurs héritiers d'un même légataire diffèrent sur le choix, on doit tirer au sort celui d'entre eux qui choisira pour tous. Avant Justinien, le dissentiment suffisait, au moins dans l'opinion la plus générale, pour priver du legs, non pas les héritiers du légataire auxquels ne se transmettait jamais le choix, mais les colégataires mêmes (3).

Au surplus, le choix s'exerce, dans cette espèce de legs, avec la plus grande liberté, sur tel objet qu'il plaît au légataire (*Ulp. fr.* 2, *de opt. vel elect.*), et après avoir examiné les choses dont il peut exiger l'exhibition. (*Pompon. fr.* 8, § 3, *eod.*; *fr.* 2, § 1, *de tritic. vin.*)

§ XXIV.

718. Examinons maintenant à qui et de quelle manière le legs peut être fait. Les personnes à qui l'on peut léguer sont celles *cum quibus testamenti factio est* (*text. hic*), les mêmes que l'on pourrait instituer. (*Ulp.* 22, reg. 1.) Nous n'aurions rien de plus à dire sur ce point si l'énumération d'un texte précédent (§ 4, *de hered. qual.*) ne paraissait pas insuffisante.

(1) *Ulp. fr.* 37, *de legat.* 1°. Il en est autrement dans les obligations; le débiteur peut se libérer en donnant le plus mauvais de tous les objets du même genre. (*Javol. fr.* 52, *mandat.*)

(2) Je me sers des mots *choix* et *choisir* pour rendre indistinctement les mots latins *optio*, *optare*, *electio*, *eligere*, entre lesquels il n'y a aucune différence réelle, quoiqu'on ait mal à propos tenté de faire du legs d'option et du legs d'élection deux legs distincts. *Vinnius*, *hic.*

(3) Selon Vinnius et Pothier (*pand. just. XXXIII, V.* 6), c'est une double erreur de la part des rédacteurs d'avoir, dans le texte de ce paragraphe et dans la *C.* 3, *comm. de leg.*, supposé, 1° que les héritiers du légataire pouvaient n'être pas d'accord sur le choix; 2° que les prudens étaient eux-mêmes divisés sur la décision à prendre en pareil cas. En effet les héritiers étaient nécessairement d'accord, puisqu'ils n'avaient jamais rien *nisi ipse legatarius vivus optasset* (*text. hic*). Toutefois il semblerait possible de justifier notre texte, en faisant observer qu'à la vérité Justinien établit une règle générale pour les colégataires et pour les héritiers d'un même légataire, mais que la phrase incidente *ne pereat legatum, etc.*, ne s'applique point aux derniers, et s'entend seulement du cas où plusieurs colégataires étaient divisés entre eux. Malheureusement le texte de la constitution (*C.* 3, *comm. de legat.*) ne se prête pas à cette interprétation.

Ajoutons donc que la faction de testament existait avec tous les citoyens romains et leurs esclaves, à l'exclusion des *peregrini* et conséquemment des déportés (*Ulp.* 22 *reg.* 1, 3 *et* 9; *Anton. C.* 1, *de hered. inst.*), et sauf les restrictions suivantes :

719. Un plébiscite fort ancien, connu sous le nom de Loi Voconia, et tombé en désuétude dès le temps d'Aulu-Gelle, empêchait les femmes de recevoir au-delà d'une certaine valeur. D'après les lois Julia et Papia Poppea, ceux qui restaient célibataires au-delà d'un certain âge, et les personnes mariées sans avoir aucune postérité, étaient frappées d'une incapacité partielle qui ne leur laissait jamais recueillir en totalité le bénéfice des dispositions faites en leur faveur. Cette législation, dont il reste encore plusieurs traces dans le Digeste (V. *Terent. Clem. fr.* 72, *de hered. inst.*; *fr.* 62, § 1, *de cond. et dem.*), n'a été abrogée que par Constantin; il faut consulter sur ce point Ulpien (*reg. tit.* 14, 15, 16, *tit.* 22, § 3,), Caïus (2 *inst.* 286) et Pothier. (*pand just. XXX*, 82; *XXVIII. V.* 10.)

Ces prohibitions supprimées ont été remplacées par d'autres. Théodose (*C.* 4 *et* 5, *de hæretic.*) et Justinien (*C.* 22, *eod.*) déclarent les hérétiques incapables de rien recevoir, soit par institution d'héritier, soit par legs ou fidéicommis, même en vertu des testamens militaires.

§ XXV.

720. On ne pouvait instituer les personnes incertaines, ni disposer en leur faveur, soit par legs, soit même par fidéicommis (*Ulp.* 22 *reg.* 4; 24 *ibid.* 18; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 13), ce qu'il importe de remarquer, parce que souvent les fidéicommis profitaient à ceux qui n'auraient pu recueillir aucune autre disposition testamentaire (§ 1, *de fideic. hered.*; *Ulp.* 25 *reg.* 7, *Caius*, 2 *inst.* 285, 286).

C'est par un sénatus-consulte du règne d'Adrien que les fidéicommis ont été, sous ce rapport, assimilés aux legs. (*Caius*, 2 *inst.* 287.) Mais il restait encore une différence relativement à la répétition des choses laissées à personnes incertaines et indûment payées. Cette différence a cessé (*sacris constitutionibus*), sous les empereurs de Constantinople. Ils ont décidé qu'il n'y aurait pas plus de répétition pour les fidéicommis que pour les legs (*text. hic in fin.*; V. *Ulp.* 24 *reg.* 33; *Caius*, 2 *instit.* 283).

Observez que, relativement aux personnes incertaines, il en était du testament militaire comme du testament bourgeois, et de la liberté qu'on aurait voulu leur laisser, comme de toute autre chose. Les doutes, sur le premier point, ont été levés par un rescrit d'Adrien (*text. hic*); et, quant au second, la loi *Fusia Caninia* les avait tranchés depuis long-temps, en exigeant une manumission nominative, qui ne peut s'appliquer à un esclave incertain (*text. hic*; *Caius*, 2 *inst.* 239; *Ulp.* 1 *reg.* 25).

721. Nous avons déja dit (591) qu'une personne peut être inconnue du testateur, sans être incertaine. On considère comme telle la personne dont le défunt n'a eu qu'une idée vague, et sur laquelle il ne s'est pas formé une opinion positive : ainsi l'incertitude des personnes n'est ici qu'une conséquence de celle qui existe dans l'esprit et par suite dans la volonté du testateur, *quoniam certum consilium debet esse testantis.* (*Ulp.* 22 *reg.* 4.) Aussi peut-on disposer en faveur d'une personne incertaine, lorsqu'elle est comprise (*sub certa demonstratione*) dans une classe actuellement limitée, c'est ce qu'on appelle ici léguer *incertæ personæ ex certis personis*, et ce que l'on concevra mieux par les textes et par les exemples qu'ils donnent, que par toute autre explication. (V. *text. hic*; *Caius*, 2 *inst.* 238; *Ulp.* 24 *reg.* 18.)

§ XXVII.

722. Dans la législation de Justinien, on peut sans aucun obstacle disposer en faveur des personnes et des corporations incertaines, comme les villes (*Leo, C.* 12, *de hered. inst.*; V. *Ulp.* 22 *reg.* 5), les pauvres, les captifs. (*Justin. C.* 49, *de episc. et cleric.*) On peut les instituer héritiers, leur laisser des legs ou des fidéicommis, mais toutefois la tutelle testamentaire ne peut être déférée qu'à une personne certaine : sous ce rapport, l'empereur maintient expressément l'ancienne prohibition (*text. hic in fin.*; V. *Caius*, 2 *inst.* 239, 240). Il était nécessaire de préciser cette exception, parce qu'en général la tutelle testamentaire peut être donnée à tous ceux avec qui le testateur avait faction de testament (216).

§ XXVI.

Ce qu'on a dit des personnes incertaines s'applique à toutes celles qui ne sont pas encore nées, et par conséquent aux posthumes (1); cependant nous avons déjà vu (572) que, long-temps avant Justinien, on pouvait déshériter ou instituer les posthumes siens, et à plus forte raison leur laisser un legs. Ainsi l'incapacité ne subsistait plus qu'à l'égard des posthumes externes, c'est-à-dire de ceux qui ne doivent pas naître sous la puissance du testateur, et qui par suite ne peuvent pas se trouver *inter suos heredes* (2) : ce sont en effet les seuls que Justinien présente ici comme incapables de recevoir.

723. C'est inutilement, dit-il, qu'on aurait fait un legs en leur faveur (*text. hic*); mais aurait-on pu les instituer? S'il est vrai que la capacité des légataires et celle des héritiers soient la même, il faudra décider pour l'institution comme pour le legs, et dire que les posthumes externes ne pouvaient pas être institués. C'est aussi ce que dit Caïus (2 *inst.* 242) et ce que Justinien lui-même affirme dans un autre titre (*pr., de bon. poss.*).

§ XXVIII.

Cependant il déclare ici que le posthume externe, susceptible d'être institué d'après sa nouvelle législation (*nunc potest*), l'était également d'après la législation antérieure (*ante poterat*); mais dans un autre texte Justinien fait disparaître la difficulté qui résulte ici d'une simple équivoque. Il suffit pour cela de distinguer entre le droit civil et le droit honoraire, entre l'hérédité et la possession de biens. L'institution nulle, d'après le droit civil ne déférait pas l'hérédité; mais le droit prétorien accordait la possession de biens *secundum tabulas* au posthume externe, que Justinien finit par admettre à l'hérédité (*pr., de bon. poss.*) : ainsi notre texte signifie que l'institution valait autrefois (*ante poterat*) d'après le droit prétorien, et que sous Justinien (*nunc potest*), elle vaut même d'après le droit civil.

724. On excepte le cas où il s'agirait de l'enfant conçu par une femme *quæ jure nostro uxor esse non potest* : ce qui peut s'entendre, soit de l'impossibilité absolue où serait la mère de se marier avec qui que ce fût, soit de l'impossibilité relative qui l'empêcherait d'épouser le testateur. Ce dernier sens est celui de Théophile; observons toutefois que sans doute on ne veut point ici défendre l'institution de tous les enfans légitimement conçus par une mère, qui, se trouvant l'épouse d'autrui, ne pourrait pas être l'épouse du testateur. La prohibition ainsi entendue deviendrait trop générale, et sa sévérité porterait principalement sur les parens et les descendans du défunt : car nul ne peut jamais épouser ni sa fille, ni sa bru, ni sa sœur; et, bien certainement, lorsqu'on permet d'instituer les posthumes externes, ce n'est pas pour exclure les petits enfans ou les neveux du testateur. On a voulu prohiber une institution d'héritier contraire aux bonnes mœurs, afin qu'on ne pût pas, en quelque sorte, légitimer le fruit d'un commerce illicite. (V. *Paul. fr.* 9, § 1, 3, 4, *de liber. et post.*) Ainsi la femme *quæ uxor esse non potest*, est ici la femme qui, ne pouvant pas

(1) Vinnius se fonde sur deux décisions de Julien (*fr.* 2, *de jur. codicil.*; *Caius, fr.* 5; *de reb. dub.*) pour établir une différence entre les posthumes externes et les personnes incertaines. Il résulte effectivement de ces décisions que les fidéicommis, déclarés impossibles à l'égard des personnes incertaines (§ 25, *h. t.*), aurait pu valoir en faveur d'un posthume; à cet égard il importe de distinguer les époques.

Jusqu'au règne d'Adrien, les personnes incertaines ont eu pour les fidéicommis une capacité qui leur fut enlevée par un sénatus-consulte; mais soit avant, soit après ces sénatus-consultes, le posthume externe a toujours suivi la condition des personnes incertaines : il a eu la même capacité et l'a perdue comme elles : *est enim incerta persona*, dit Caius (2 *inst.* 241, *V. ibid.* 287). Or si Julien (*fr.* 2, *de jur. codicil.*) fournit l'exemple d'un fidéicommis valable à l'égard d'un posthume externe, c'est parce qu'au temps de Julien, les personnes incertaines étaient encore capables de recevoir par fidéicommis. On en pourrait dire autant de la décision du même Julien rapportée par Caius (*fr.* 5, *de reb. dub.*); toutefois observez que Tribonien a dû altérer ce dernier texte et les suivans (*Marcian. et Caius, fr.* 6 *et* 7, *eod.*) pour les conformer à la nouvelle législation de Justinien; car, dans l'état où ils sont, ils supposent le posthume externe capable de recevoir non-seulement un fidéicommis, mais un legs, et même une institution. Il est donc évident que, si Caius (*fr.* 5, § 1, *eod.*) paraît assimiler le posthume externe au posthume sien (*suo vel alieno*), c'est parce que ces derniers mots *vel alieno* ont été ajoutés par Tribonien pour supprimer la distinction établie dans le texte primitif. (V. *Jan. a Costa, hic.*)

(2) Remarquez l'exemple de notre texte : les enfans conçus après l'émancipation de leur père (*ex emancipato filio*) ne sont pas siens à l'égard de l'aïeul paternel, parce qu'ils ne peuvent pas naître sous sa puissance. Nous retrouvons dans cette décision la conséquence du principe énoncé ci-dessus (§ 9, *quib. mod. patr. pot.*).

épouser le testateur, serait enceinte de ses œuvres. Dans ce cas, l'enfant qu'elle aurait *in utero* ne sera pas valablement institué par son père.

§ XXXII.

725. Le legs est une donation mise par le testateur à la charge de l'héritier (686); il ne suffirait donc pas que le légataire pût recevoir, il faudrait encore qu'il pût recevoir de l'héritier.

Les qualités d'héritier et de légataire sont aussi incompatibles entre elles que les qualités de créancier et de débiteur; car on ne peut rien se devoir à soi-même. Par conséquent, ceux qui n'instituent qu'un seul héritier ne peuvent lui faire aucun legs (*Ulp.* 24 *reg.* 22); mais lorsqu'il existe plusieurs héritiers, le legs fait à l'un d'eux est valable pour la part qui tombe à la charge des autres héritiers, et nul pour la part dont l'héritier légataire serait chargé envers soi-même, c'est-à-dire pour sa part héréditaire. (*Ulp. fr.* 34, § 11 *et* 12, *de legat.* 1°; *Julian. fr.* 104, § 3 *et* 5, *eod.*)

726. Ce qu'on a dit de l'héritier s'applique à son esclave; car le legs fait aux esclaves profite au maître sous la puissance duquel il se trouvent au moment *quo legati dies cedit*, c'est-à-dire dans un legs pur et simple au jour de la mort. (*Ulp.* 24 *reg.* 31; *fr.* 5, § 1 *et* 7, *quando dies legat.*) Il semblerait alors que, pour apprécier la validité du legs fait à l'esclave de l'héritier, c'est à l'époque du décès qu'il faut examiner si cet héritier a le légataire sous sa puissance. Cependant notre texte se réfère à l'époque de la confection du testament, et il déclare que le legs fait à l'esclave de l'héritier est et reste toujours nul, quand même le légataire sortirait de la puissance de l'héritier (*vivo testatore*) avant la mort du testateur: tel est le résultat d'une fiction connue sous le nom de règle catonienne. Cette règle suppose le testateur décédé *statim post testamentum factum*, et, réunissant ainsi deux époques en une seule, elle rend absolument indifférent l'intervalle qui peut séparer l'une de l'autre: en conséquence, les dispositions nulles dans l'hypothèse d'une mort immédiate restent nulles malgré la survie du testateur (*text. hic; Cels. fr.* 1, *de regul. caton.*).

727. Ainsi le legs sera nul, par cela seul que le légataire aurait été sous la puissance de l'héritier au moment de la confection du testament. Cette décision est indubitable, lorsqu'il s'agit d'un legs pur et simple, *constat pure inutiliter legari* (*text. hic*; V. *Ulp.* 24 *reg.* 24). Il en serait autrement du legs conditionnel (*sub conditione vero recte legatur*): en effet, pour savoir si le légataire s'est trouvé sous la puissance de l'héritier, on examine, non pas le moment de la confection du testament; mais celui *quo dies legati cedit* (*text. hic*; V. *Ulp.* 24 *reg.* 23); c'est-à-dire, relativement au legs conditionnel, le moment où la condition s'accomplit. (*Ulp.* 24 *reg.* 31; *d. fr.* 5, § 2, *quando dies legat.*) Ainsi, pour la validité du legs conditionnel, il suffira que le légataire ne soit pas sous la puissance de l'héritier à l'événement de la condition.

Cette différence entre les dispositions pures et simples et les dispositions conditionnelles vient de ce que la règle catonienne ne s'étend point à ces dernières; elle s'applique uniquement aux dispositions qui deviennent transmissibles dès la mort du testateur, *quorum dies cedit tempore mortis*, dit Papinien (*fr.* 3, *de regul. caton.*). Or, nous l'avons déjà dit, *dies cedit*, à la mort du testateur, lorsque le legs est pur et simple, et dans le cas contraire à l'événement de la condition. (*Ulp. fr.* 5, § 1, *quando dies leg.*; *Paul. fr.* 21, *eod.*; V. 729.)

§ XXXIII.

728. Nous venons de supposer un legs fait à l'esclave de l'héritier: en sens inverse, lorsqu'on institue l'esclave, le legs fait au maître peut valoir, indépendamment de toute condition, *etiam sine conditione* (*text. hic*; V. *Paul. fr.* 25, *de legat.* 1°). Cependant le legs et l'hérédité acquis à l'esclave sont également acquis au maître (§ 3, *per quas pers.*); mais ils ne sont pas toujours acquis par lui au même maître. Le legs profite à celui qui a eu l'esclave légataire en sa puissance *tempore quo dies cedit*; l'hérédité, à celui dont l'esclave dépend au jour de l'adition et par ordre duquel cette adition a lieu. Quelle que soit l'époque de la mort, et quand même on la supposerait arrivée à l'instant même de la confection du testament, il y aura toujours un intervalle entre le moment *quo dies cedit* et l'adition d'hérédité. Il n'est donc pas

certain que le legs, en s'ouvrant pour le maître, se soit ouvert pour l'héritier, car l'héritier est encore inconnu ; et, si l'institué change de condition avant d'avoir fait adition, l'hérédité qu'il acquerra pour soi-même ou pour un nouveau maître ne sera pas acquise au légataire. Dans ces différens cas, le legs est valable (*quibus casibus utile est legatum*) ; mais si le légataire, conservant l'institué sous sa puissance, acquiert par lui l'hérédité, alors le legs s'évanouit (*text. hic ; Caius* 2 *inst.* 245 ; *Julian.*, *fr.* 91, *de legat.*). *Voyez* cependant Ulpien (24 *reg.* 24).

729. Ainsi le legs fait au maître de l'institué peut valoir, indépendamment de toute condition, parce qu'il ne se confond pas nécessairement avec l'hérédité (*cum hereditas à legato separata sit*). Il en est autrement du legs fait à l'esclave de l'institué, parce que l'hérédité déférée au maître, et par conséquent à un individu *sui juris*, ne peut jamais être acquise par lui que pour lui. Devenu légataire par son esclave, il ne deviendra ensuite héritier que pour confondre le legs avec l'hérédité : il faudrait donc séparer l'un d'avec l'autre ; et, comme l'hérédité ne peut appartenir qu'au maître, il faut faire en sorte que le legs puisse appartenir à d'autres. Voilà pourquoi, dans le paragraphe précédent, et pour empêcher la nullité absolue du legs, on exige une condition à l'événement de laquelle la position du légataire pourrait avoir changé. Les Sabiniens le décidaient ainsi, et la distinction par eux admise entre le legs pur et le legs conditionnel a prévalu (*text. hic ; Ulp.* 24 *reg.* 23) contre l'opinion de Servius et contre celle des Proculéiens, qui assimilaient le legs pur et simple au legs conditionnel pour les déclarer également valables ou également nuls : Servius, n'appliquant point la règle catonienne, s'était déclaré pour la validité ; les Proculéiens, malgré la condition, prononçaient la nullité absolue. (V. *Caius,* 2 *inst.* 244.)

§ XXIX.

730. Sans rien ajouter au texte, je ferai seulement observer qu'il suppose le cas où l'on connaîtrait bien précisément la personne que le testateur a voulu désigner comme légataire ou comme héritier (*cum de persona contest., text. hic;* V. *Florent. fr.* 34, *de condit. et dem.; Marcean. fr.* 48, § 3, *de hered. inst.*) ; car dans le doute, par exemple, lorsque la même désignation ou le même nom convient à plusieurs personnes, elles n'ont rien ni l'une ni l'autre (*Ulp. fr.* 10, *de reb. dub.; fr* 3, § 7, *de adim. legat.*) : toutefois on ne le décide ainsi qu'après avoir épuisé tous les moyens de connaître la véritable intention du défunt. (*Cels. fr.* 25, *de reb. dub.*)

§ XXX.

Ce qu'on a dit pour la personne du légataire s'applique à l'objet du legs, lorsqu'on est certain de la chose que le testateur a voulu léguer (*si de servo constat.*, *text. hic in fin.* ; V. *Caius*, *fr.* 17, § 1, *de cond. et dem.*).

731. Toutefois, il ne faut pas confondre la désignation (*demonstratio*) avec la détermination du legs. La première n'est qu'un indice dont le plus ou moins d'exactitude n'empêche pas la chose d'exister et d'être reconnue à d'autres signes. La détermination, au contraire, précise le caractère spécifique de la chose, caractère essentiel à défaut duquel l'objet n'est plus le même. Il résulte de là qu'une fausse détermination laisse le legs sans objet, comme si l'on avait légué ce qui n'exista pas.

C'est d'après cette distinction que l'on a décidé plus haut (711), qu'en léguant *ce que Titius me doit*, ou *la dot que j'ai reçue*, je fais un legs inutile, si Titius n'est point mon débiteur, ou si je n'ai rien reçu en dot. Pareillement, si je lègue *les mille francs qui sont dans ce coffre*, *les mille francs que Titius me doit*, la disposition ne s'étend pas au-delà de ce qui est dans le coffre ou de ce que doit réellement Titius; car ici ce n'est pas une somme de mille francs en général que je lègue, mais une somme spéciale, un objet certain qui ne peut être remplacé par aucun autre (*Papin. fr.* 51, *de legat.* 1° ; *Ulp. fr.* 75, § 2, *eod.*) : tel est l'effet de la détermination. (V, *Pothier*, *pand. just.* XXXV, *I*, 228, 232.) Au contraire, lorsque je lègue l'esclave Stichus (*Stichum servum*), en ajoutant qu'il m'a été vendu par Titius (*quem a Titio emi*), ou bien qu'il est né chez moi (*vernam*), l'esclave étant suffisamment désigné, ce que j'aurais dit de sa naissance ou de son acquisition n'est qu'une addition superflue, quand la volonté du testa-

teur et l'objet du legs ne sont pas douteux (*si de servo constat*, *text. hic*; V. *Ulp. fr.* 17, § 1, *de condit. et dem.*). Il en est de même de celui qui, après avoir légué un héritage déterminé (*fundum cornelianum*) ajouterait mal à propos que cet héritage lui a été apporté en dot (*quem illa mihi dote dedit.*; *Ulp. fr.* 40, § 4, *de cond. et dem.*). Cette fausse désignation ne nuirait pas au legs. (V. § 15, *h. t.*; *Ulp. fr.* 94, *de reg jur.*)

§ XXXI.

732. Lorsque le testateur, en faisant une disposition, la motive sur une cause qui n'existe réellement pas, on décide sur la fausse cause comme sur la fausse désignation; et l'on a, pour appliquer les mêmes principes, des raisons semblables ou même plus fortes (*longe magis*), en ce sens que le testateur n'est jamais obligé de motiver sa volonté (*Papin. fr.* 72, § 6, *de condit. et dem.*), tandis qu'il faut absolument faire une désignation quelconque du légataire et de la chose léguée.

Conséquemment si l'héritier prouve la fausseté du motif allégué, il réduit le legs à l'état d'une disposition sans motif exprimé, ou même dénuée de motifs, ce qui ne sert à rien tant que la volonté du défunt ne sera pas révoquée en doute. En effet, cette volonté est indépendante de tous motifs, *ratio legandi legato non cohæret*, dit Papinien (*fr.* 72, § 6, *de condit. et dem.*): c'est donc à l'héritier de prouver que le défunt, s'il avait été détrompé, n'aurait pas fait le legs (*Papin. d. fr.* 72, § 6), ce qui se présume très-rarement. *Voyez* cependant Paul (*fr.* 92, *de hered. inst.*) et Scævola (*fr.* 75, *ad sc. reb.*).

Lorsque le motif est énoncé conditionnellement, l'effet restrictif de la forme conditionnelle exclut naturellement tout autre cas, et détruit la prétention du légataire, sans que l'héritier ait aucune preuve à fournir (*text. hic*).

733. La cause du legs, comme on l'aperçoit par les exemples de notre texte, se tire d'un événement passé; en cela elle diffère du mode ou du but que le testateur assigne à sa disposition, par exemple, lorsqu'on lègue une chose soit pour que le légataire construise le tombeau du testateur ou un édifice quelconque, soit pour qu'il remette à une autre personne une partie de l'objet légué. (*Caius, fr.* 17, § 4, *de cond. et dem.*) Dans ce cas, le légataire ne peut recevoir le legs qu'après avoir exécuté ou du moins après avoir garanti qu'il exécutera l'intention du testateur (*Javol. fr.* 40, § 5, *eod.*); et même en cas d'inexécution, il est tenu de restituer ce qu'il a reçu (*Scævol. fr.* 21, § 3, *de ann. legat.*): cependant on ne lui impute point l'inexécution qui n'aurait pas dépendu de lui. (*Julian. fr.* 92, § 1, *de legat.* 1°.) Il existe donc une grande différence entre le mode et la condition, qui généralement suspend l'effet du legs jusqu'à ce qu'elle soit accomplie, ou réputée accomplie conformément aux règles précédemment exposées (691): on excepte cependant les conditions qui consistent à ne pas faire une chose, par exemple, à ne point monter au Capitole, à ne point affranchir tel esclave. (*Ulp. fr.* 7, *de cond. et dem.*) Comme une semblable condition ne peut véritablement s'accomplir que par le décès de celui à qui elle est imposée, elle le mettrait dans l'impossibilité absolue de jamais profiter de la disposition faite à son profit: aussi l'institution ou le legs s'exécutent comme s'ils étaient purs et simples, et la condition n'a d'autre effet que d'astreindre le légataire ou l'institué à garantir qu'il restituera, en cas de contravention, tout ce qu'il a reçu avec les fruits du temps pendant lequel il aurait joui. Cette garantie se nomme caution mutienne. (*Ulp. d. fr.* 7, *de cond. et dem.*; *Papin. fr.* 79, § 2, *eod.*; *fr.* 76, § 2, *de legat.* 2°.)

La condition de ne pas faire telle ou telle chose est quelquefois susceptible de s'accomplir avant le décès de celui à qui elle est imposée. Alors on reste dans la règle générale; la condition suspend la disposition, et le légataire, toujours obligé d'attendre la cessation d'une incertitude qui peut cesser de son vivant, offrirait en vain la caution mutienne pour obtenir l'exécution provisoire d'une volonté conditionnelle. (V. *Papin. fr.* 101, § 3, *de cond. et dem.*; *fr.* 72, § 2, *eod.*; *Julian. fr.* 106, *eod.*)

§ XXXIV.

734. Nous avons dit (221) que l'institution d'héritier doit nécessairement commencer le testament dont elle forme l'essence (*caput atque fundamentum*); que toute autre disposition, écrite avant l'institution d'héritier, reste nulle; nous avons

en même temps remarqué l'exception admise par les Proculéiens pour la nomination du tuteur testamentaire (§ 3, *qui test. tut.*). Toutefois, et même en signalant cette exception, nous aurions énoncé une proposition trop générale, si nous ne distinguions pas ici entre le legs et les fidéicommis : ces derniers, écrits avant ou après l'institution d'héritiers, n'en étaient pas moins valables, parce qu'ils pouvaient être faits hors du testament, par exemple, dans un codicille, ou même *ab intestat* (*Ulp.* 25 *reg.* 8; *Caius*, 2 *inst.* 270); mais les dispositions qu'on ne fait point sans testament, comme les legs, les affranchissemens et les nominations de tuteur, ne pouvaient précéder l'institution d'héritier sans se trouver hors du testament dont celle-ci forme le commencement (*caput*) et la base (*fundamentum*). Il fallait donc instituer un héritier avant de faire aucun legs et aucun affranchissement (*Ulp.* 24 *reg.* 15; *Caius*, 2 *inst.* 229, 230; *Paul.* 3, *sent.* 6, § 2). Quant à la nomination du tuteur, le même motif entraînait la même décision pour les Sabiniens; les Proculéiens, au contraire, ont fait prévaloir une exception fondée sur ce qu'en donnant la tutelle, le testateur n'entame point l'hérédité et n'impose aucune charge à l'héritier (*Caius*, 2 *inst.* 231).

735. Justinien (*text. hic*; *C.* 24, *de testam.*) permet de léguer et d'affranchir avant l'institution d'héritier; cette innovation, qui supprime une des anciennes différences entre les legs et les fidéicommis, est une conséquence nécessaire de la similitude qu'il a voulu établir entre eux.

§ XXXV.

On doit en dire autant de la constitution par laquelle il permet (*simili modo*) de différer l'exécution du legs jusques après la mort ou jusqu'au jour qui précédera la mort soit du légataire, soit de l'héritier; et cela, dit-il, pour ne pas donner, à l'égard des legs, moins de latitude qu'à l'égard des fidéicommis (*text. hic in fin.*).

736. Différé jusques après la mort de l'héritier, le legs serait une charge imposée aux successeurs de l'héritier plutôt qu'à l'héritier même, et le legs, à la différence des fidéicommis, doit exclusivement tomber à la charge de l'héritier (686) : il ne devait donc pas être différé jusques après la mort de ce dernier, *ne ab heredis herede legari videatur*, dit Ulpien (24 *reg.* 16; V. *fr.* 5, § 1, *de legat.* 3°; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 5; *Caius*, 2 *inst.* 232, 277).

737. Le legs différé jusques après la mort du légataire était également nul : Justinien le déclare expressément (*text. hic*); mais pour cela il est obligé d'intercaler les mots *aut legatarii, aut legatarius*, dans le texte primatif de Caïus, qui n'avait parlé que de l'héritier. Paul et Ulpien (*loc. cit.*) parlent également de la mort de l'héritier, sans rien ajouter pour celle du légataire; et peut-être en effet n'avaient-ils rien à dire, car en différant le legs jusques après la mort du légataire, on dispose réellement pour les héritiers de ce dernier, et par conséquent pour des personnes incertaines. A la vérité, ce motif de nullité, commun aux legs et aux fidéicommis (§ 25, *h. t.*), nous conduirait à décider que ces derniers pouvaient être différés jusques après la mort du grevé, mais non pas jusques après celle du fidéicommissaire. Le premier point est incontestable (*Caius*, 2 *inst.* 277); le second semble confirmé par la décision évidemment exceptionnelle de Paul (4 *sent.* 1, § 11), et par la similitude que Justinien (*C.* 11, *de contrah. et commit. stip.*) dit avoir existé entre les legs et les fidéicommis différés jusques après la mort (*post mortem*). Pour concilier cette similitude avec la différence dont parle notre texte (*text. hic in fin.*), il faudrait donc distinguer si la disposition est différée jusques après la mort de celui qui doit l'exécuter, ou jusques après la mort de celui qui doit en profiter. Dans le premier cas, les legs auraient été été nuls et les fidéicommis valables (V. *text. hic*); dans le second cas, les uns et les autres devaient être également inutiles (V. *Justin. d. C.* 11, *de contr. et commit.*) depuis qu'Adrien avait étendu jusqu'aux fidéicommis la nullité des legs faits à personnes incertaines. (V. *Pothier, pand. just. XXXV, I*, 64 *et* 65).

Il n'y a aucune différence à faire entre les dispositions différées jusques après la mort (*post mortem*), et les dispositions différées seulement jusqu'à la veille de la mort (*pridie quam morietur*) : ce que l'on décide pour les unes se décide pour les autres, et avec raison, car le jour du décès,

et par conséquent sa veille, ne sont jamais connus que par le décès et après le décès même. Cependant rien n'empêchait de prendre pour terme le moment même de la mort. (*Ulp.* 24 *reg.* 16; *Paul.* 3 *sent* 1, § 6.) Nous reviendrons plus loin (§ 13 *et* 15 *de inutil. stip.*) sur cette distinction et sur les principes admis à cet égard par les anciens jurisconsultes.

738. Observons ici que le legs différé jusqu'à la mort du légataire est un legs à terme, tandis que la mort de l'héritier deviendrait une condition. En effet rien ne garantit que l'héritier mourra plutôt avant qu'après le légataire; la mort de l'héritier est donc, relativement au legs, un événement incertain dans le sens que nous avons précédemment expliqué (599). Quant à la mort du légataire, quelle qu'en soit l'époque, elle arrivera toujours de son vivant, car il n'y a que les vivans qui meurent. (V. *Papin. fr.* 79, *pr. et* § 1, *de cond. et dem.*)

§ XXXVI.

739. Les dispositions testamentaires reposent essentiellement sur la volonté du défunt, et elles se soutiennent, nous l'avons déjà dit (732), par cela seul que le testateur a voulu, sans examiner pourquoi il a voulu. Ceci est vrai pour la volonté de donner, mais non pas indistinctement pour toute volonté. En effet, l'avantage conféré à une personne quelconque devient presque toujours onéreux à quelque autre. Ainsi, par exemple, le fidéicommis annule ou diminue l'émolument de celui qui doit l'exécuter; le legs est une charge imposée à l'héritier; et le testateur, en donnant un ou plusieurs cohéritiers à celui ou à ceux qu'il a déjà institués, fait nécessairement décroître la part des premiers. Or, si dans l'avantage des uns le testateur n'envisage que la perte des autres; s'il ne donne que pour ôter, s'il ne favorise d'un côté que pour avoir de l'autre occasion de nuire, alors sa volonté, qui n'a plus aucun caractère de libéralité ni de bienveillance, n'est qu'un sentiment de haine ou de malice, sentiment indigne de la protection que le législateur accorde aux dispositions testamentaires. Tel est sans doute le motif d'après lequel l'ancien droit réprouvait toute disposition faite à titre de peine (*pœnæ nomine*), c'est-à-dire pour punir une personne dans le cas où elle ferait ou ne ferait pas telle ou telle chose. (V. *Ulp.* 24 *reg.* 17; *Afric. fr.* 1, *de his quæ pœn. nom.*)

Les dispositions dictées par un semblable motif ne pouvaient valoir, même dans un testament militaire, ou en faveur du prince; et soit que l'on eût augmenté, par une nouvelle institution, le nombre des héritiers, soit que l'on eût affranchi un esclave, soit que l'on eût révoqué ou transféré un legs ou un fidéicommis, le but du testateur ne laissait aucune distinction à faire entre les différens moyens qui auraient pu l'y conduire (*nihil enim interest qua ratione, etc.; text. hic*; V. *Caius*, 2 *inst.* 235, 236, 243; *Ulp.* 24 *reg.* 17). A cet égard, Caïus (*ibid.* 237) nous fait observer que la nomination du tuteur testamentaire ne peut jamais être considérée comme faite à titre de peine; et en effet cette nomination ne peut ni profiter ni préjudicier à l'héritier: cependant il ne serait pas impossible qu'en donnant la tutelle à un individu, le testateur la lui donnât *per inimicitiam* (§ 9, *de excusat. tut.*); et, dans ce cas, le motif du testateur deviendrait une cause de dispense pour le tuteur désigné.

740. Justinien déroge encore aux anciens principes; il permet au testateur d'imposer la peine qu'il jugera convenable à l'inexécution des choses qu'il désire, pourvu cependant que le fait dont il s'agit soit un de ceux que l'on peut raisonnablement et légalement ordonner ou défendre; car nul ne doit être puni pour n'avoir pas fait ce qui serait impossible ou contraire soit aux mœurs, soit aux lois (*text. hic in fin.*). Il importe donc encore, du moins relativement aux faits impossibles et illicites, de distinguer la peine et la condition; car la condition d'un fait moralement ou physiquement impossible, étant réputée non écrite (602), conserve la disposition du testateur, comme si cette dernière avait été pure et simple (*Ulp. fr.* 3, *de cond. dem.*; *Marcel. fr.* 20, *eod.*), tandis que la peine attachée à l'inexécution d'un semblable fait serait nulle et sans effet (*text. hic*). La distinction entre la peine et la condition est toujours très-délicate; c'est dans l'intention du testateur qu'il faut la chercher, plutôt que dans les expressions du testament. (*Marcian. fr.* 2, *de his quæ pœn. caus.*)

§ XVI.

741. Il nous reste à dire ce que devient le legs après la confection du testament.

Il peut cesser de valoir, ou par le fait du testateur, ainsi que nous le verrons au titre suivant, ou par l'anéantissement de la chose léguée, qui laisserait la disposition sans objet. A cet égard, il importe peu que l'événement arrive pendant la vie du testateur ou après sa mort, pourvu, dans ce dernier cas, que l'événement arrive (*sine facto heredis*) sans que l'héritier débiteur du legs y ait aucunement contribué. Il en est de même, lorsque la chose, sans être anéantie, a été mise hors du commerce; par exemple, lorsque l'esclave d'autrui, légué par le testateur, aura été affranchi (*sine facto heredis*) par un fait absolument indépendant de l'héritier. (*Paul. fr.* 35, *de legat.* 1°.) Si l'on suppose au contraire que celui-ci, propriétaire de l'esclave légué, l'affranchit lui-même ou le donne à un nouveau maître par qui l'esclave est ensuite affranchi, l'héritier débiteur du legs reste toujours tel (*tenetur heres*), quand même il aurait ignoré la disposition du testateur, *quamvis ignoraverit a se legatum esse* (*text. hic*; *Marcian. fr.* 112, § 1, *eod.*)

Cependant on ne peut, dans ce cas, lui reprocher aucune espèce de faute; l'héritier semblerait donc supporter la peine d'une action très-innocente, si l'on ne faisait pas attention qu'il s'agit moins ici de le punir ou de lui imposer une obligation quelconque, que de le libérer d'une obligation antérieure, obligation dont l'extinction devient un bénéfice pour l'héritier et une perte pour le légataire. Ce dernier supporte la perte, lorsqu'elle arrive *sine facto heredis*; mais, dans le cas contraire, il est juste que l'héritier ne profite pas du tort que son propre fait occasionerait au légataire. (*Julian. fr.* 25, § 2, *ad sc. trebell.*) Aussi, malgré la perte de la chose, verrons-nous, en règle générale, que le débiteur conserve et perpétue son obligation par un simple fait (§ 2, *de inutil. stip.*) qui, seul et exempt de faute, ne suffirait jamais pour constituer une obligation nouvelle. (V. § 2, 3, 4 *et* 5, *de leg. aquil.*)

§ XVII.

742. Lorsque plusieurs objets ont été légués par une seule et même disposition, la perte des uns n'empêche pas le legs de valoir pour ceux qui subsistent, comme le démontrent les deux premiers exemples de notre texte. En effet, une esclave et ses enfans, deux esclaves, dont l'un (*vicarius*) serait dans le pécule de l'autre (*ordinarius*), sont plusieurs esclaves, et chacun d'eux est considéré comme l'objet distinct d'un legs séparé. (*Paul. et Caius, fr.* 3 *et* 4, *de pecul. legat.*)

Au contraire, celui qui lègue un esclave avec son pécule (*cum peculio*) dispose principalement de l'esclave et par conséquent d'un seul objet; le pécule, quoique compris dans la même disposition, ne l'est qu'accessoirement, et à cause d'un autre objet dont la perte suffirait pour anéantir la totalité du legs (*Paul. et Caius, fr.* 1 *et* 2, *eod.*). Ainsi, par exemple, *instrumentum fundi* est un accessoire du fonds, et le légataire qui ne pourrait plus demander le fonds, perdrait également toute espèce de droit sur l'*instrumentum* légué avec le fonds (*text. hic; Paul. fr.* 1, § 1, *de instruct. vel instr. leg.*).

743. Il importe de ne pas confondre *fundus instructus* et *fundus cum instrumento*. Cette dernière expression, moins étendue que la première, comprend les objets destinés à la culture, à la récolte et à la conservation des fruits (*Ulp. fr.* 8; *fr.* 12, *pr.*, § 1 *et seqq. eod.*; *Paul*, 3 *sent.* 6, § 35 *et seqq.*); mais *fundus instructus* comprend en outre tous les objets qui, sans être destinés à l'exploitation du fonds, y auraient été placés pour en rendre l'usage et le séjour plus agréable et plus commode. (*Ulp. d. fr.* 12, § 27, 28, 31, 32 *et seq.*; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 51 *et seqq.*). Il en est autrement des choses déposées ou emmagasinées dans les bâtimens légués; elles s'y trouvent *custodiæ gracia*, comme dans un grenier, et en attendant une autre destination : aussi ne sont-elles jamais comprises dans la disposition par laquelle on léguerait *fundus instructus*. (*Ulp. d. fr.* 12, § 29, 36, 37 *et seq.*)

§ XVIII ET XIX.

744. On suppose ici le legs d'un trou-

peau composé de plusieurs brebis, dont le nombre peut diminuer ou augmenter. Dans le premier cas, n'en restât-il qu'une seule, le légataire aura *quod superfuit* (1). Dans le second cas, son legs comprendra toutes les brebis ajoutées au troupeau depuis la confection du testament (§ 18, *h. t.; Ulp. fr.* 21, *de legat.* 1° ; *Pompon. fr.* 22, *eod.*). En effet, donner un troupeau, ce n'est pas donner isolément chaque animal dont il se compose au jour de la confection du testament. Considérée comme objet distinct d'un legs séparé, chaque brebis périrait aux risques du légataire, et ne serait jamais remplacée par aucune autre ; considérées, au contraire, comme partie intégrante d'un troupeau, les brebis qui le composent sont comme les matériaux d'un bâtiment : d'autres brebis, d'autres matériaux substitués ou ajoutés aux premiers n'empêchent pas que le troupeau ou le bâtiment ne soit toujours le même. (V. § 18, *h. t.; Pompon. d. fr.* 22, *de legat.* 1°.) Aussi lorsqu'on a légué une maison ou un fonds, les embellissemens et constructions ajoutés depuis la confection du testament profitent au légataire (§ 19, *h. t.; Javol. fr.* 10; *Modest. fr.* 39, *de legat.* 2°).

745. Ces différentes décisions tiennent à ce principe général, que la chose léguée doit être remise au légataire telle qu'elle existait alors, *cum* DIES *legati* CEDIT. (*Scævol. fr.* 28, *quando dies leg.*)

DIES CEDIT à l'égard des legs, ou, pour employer une expression française, le legs s'ouvre en ce sens qu'il devient transmissible aux héritiers du légataire ou au maître dont il dépend, à l'événement de la condition, lorsqu'il est conditionnel, et, dans le cas contraire, à la mort du testateur (726). Cependant on ne peut en exiger l'exécution qu'après l'adition d'hérédité, ou même après l'échéance du terme, lorsqu'il y en a un. Cette ouverture antérieure, à l'exigibilité du legs est fort inutile au légataire, si l'on ne considère que lui ; mais, relativement à ses héritiers, l'ouverture du legs fixe sur la tête du légataire une espérance qui, dès ce moment, devient transmissible (*Ulp. fr.* 5, *quando dies leg.*) ; tandis que jusque-là ce même legs serait devenu caduc par le décès du légataire, et n'aurait profité ni à ses héritiers ni aux personnes dont il était esclave ou fils de famille (2). En effet, nous n'acquérons, par les personnes soumises à notre puissance, que les droits ouverts en leur faveur : aussi pour profiter du legs fait à un esclave ou à un fils de famille, il faut les avoir sous sa puissance au moment *quo dies cedit*. Toute autre époque est indifférente ; et si le légataire change de condition, il acquiert, non pour ceux dont il dépendait lors de la confection du testament, mais pour soi-même, s'il a été *sui juris* à l'époque de l'ouverture du legs, et, dans le cas contraire, pour le maître ou le père dont il dépendait à cette même époque. (*Ulp. d. fr.* 5, § 7 ; *Julian. fr.* 91, § 3 *et* 5, *de legat.* 1° ; *Caius, fr.* 68, § 1, *eod.*)

746. Lorsque l'objet du legs, nécessairement attaché à la personne du légataire, est de nature à ne pouvoir profiter qu'à lui seul, alors il est inutile que le legs s'ouvre avant l'époque où il doit être exécuté. Ainsi, après la mort du testateur et après l'accomplissement de la condition, le légataire n'aurait encore aucun droit jusqu'à l'adition d'hérédité, ou jusqu'à l'échéance du terme. Ce principe s'applique toutes les fois que le legs consiste dans un droit viager, comme l'usufruit, l'usage et l'habitation (*Ulp. fr.* 2 *et* 3, *quando dies leg.*), ou comme la liberté d'un esclave affranchi par testament. (*Ulp. fr.* 8, *eod.; Justin. C. un.* § 6, *de cad. toll.*)

Il en est de même des legs que le testateur ferait à son propre esclave, soit en l'affranchissant, soit en le léguant lui-même à un autre légataire. De semblables legs, s'ils s'ouvraient à la mort du testateur, s'ouvriraient à une époque où l'esclave légataire appartient encore à l'hérédité vacante, et se confondraient avec elle. Pour leur attribuer un effet, il faut nécessairement différer leur ouverture jusqu'au moment où l'esclave légataire changera de

(1) Pareillement, celui à qui l'on aurait légué une maison, peut, malgré la démolition du bâtiment, revendiquer le terrain (*Pompon. fr.* 22, *de leg.* 1°) ; cependant l'usufruitier d'une maison renversée ne conserve aucun droit sur le sol (§ 3, *de usufr.*). Cette différence vient de ce que l'usufruitier ne jouit des choses que sous leur forme actuelle (*salva substantia*) et pour la destination qui résulte de cette forme (441).

(2) Il en est autrement des obligations conditionnelles, ainsi que nous le verrons plus loin, sur le § 4. *de verb. oblig.* *Voyez* Pomponius (*fr.* 18, *de reg. jur.*).

condition, soit en devenant *sui juris*, soit en passant sous la puissance d'un autre légataire (1).

747. Ce moment est celui de l'adition ; car bien que le legs pur et simple s'ouvre au décès (726), bien que la propriété de l'objet légué purement et simplement *per vindicationem* passe directement du testateur au légataire sans jamais appartenir à l'héritier (*Papin. fr.* 80, *de legat.* 2°), néanmoins elle ne passe pas avant l'adition. (*Caius*, 3 *inst.* 194, 195 ; *Julian. fr.* 86, § 2, *de legat.* 2°.) Jusque-là, les objets héréditaires appartiennent tous à l'hérédité vacante. C'est à l'hérédité et non au légataire que profitent les acquisitions faites avant l'adition par l'esclave légué (2).

748. Dans le cas du legs conditionnel, la chose léguée appartient au légataire après l'accomplissement de la condition, et jusque-là aux héritiers. (*Ulp. fr.* 12, § 5, *de usufr. et quem.* ; *fr.* 1, § 4, *de sc. silan.* ; *Modest. fr.* 32, § 1, *de leg.* 2°. Voyez *Thémis*, *t.* II, *p.* 52.)

Cette distinction importe relativement aux acquisitions dont l'esclave aurait accru son pécule dans l'intervalle écoulé depuis le décès du testateur jusqu'à l'adition d'hérédité ; car le legs qui s'ouvre à cette dernière époque comprend nécessairement toutes les acquisitions faites jusque-là par l'esclave. Au contraire, pour le légataire étranger, c'est la mort du testateur qui fixe l'ouverture du legs, et par conséquent la consistance du pécule. Ainsi, pendant la vie du testateur, tout ce qui augmente ou diminue le pécule, l'augmente ou le diminue pour le légataire (*text. hic* ; *Papin. fr.* 65, *de leg.* 2°). qui profite aussi des accroissemens postérieurs, lorsque ces derniers proviennent des choses dont se composait déjà le pécule (*nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium*, *text. hic*), comme le part des esclaves (*partus ancillarum*), le croît des animaux, etc. Mais l'étranger dont le legs s'ouvre à l'époque du décès ne profite pas des augmentations extrinsèques qui arriveraient au pécule si, avant l'adition d'hérédité, l'esclave acquérait quelque chose par son industrie ou de toute autre manière. (*Ulp. fr.* 8, § 8, *de pecul. leg.* ; *Tryphon. fr.* 57, § 1 *et* 2, *de pecul.*)

749. Notre texte contient, sur le legs du pécule, trois propositions remarquables.

La première concerne les différens effets de l'affranchissement testamentaire et de l'affranchissement entre vifs. L'un et l'autre donnent à l'esclave sa liberté : ni l'un ni l'autre ne lui donne son pécule ; mais lorsqu'un esclave, affranchi entre vifs, emporte ce même pécule à la connaissance et à la vue de son maître, il le conserve par cela seul qu'on ne le lui retire pas, *sufficit et non adimatur*. Le silence du maître est considéré dans ce cas comme une donation tacite du pécule qu'il pourrait retenir, donation qui, dans l'affranchissement testamentaire, ne peut pas résulter du silence du défunt. Dans ce cas, l'affranchi, réduit à demander son pécule aux héritiers, n'a droit de l'exiger qu'autant que ce pécule lui serait légué : *nisi legatum fuerit, manumisso non debetur* (*text. hic* ; V. *Diocl. et Max. C. de pecul. ejus qui libert.*).

Toutefois, lorsqu'on affranchit un esclave par testament, l'intention que l'on aurait eue de lui léguer son pécule peut résulter des circonstances. (V. *Papin. fr.* 65, § 1, *de rei vind.*) Elle résulte notamment de l'ordre donné à l'affranchi de

(1) *Ulp. fr.* 7, § *ult.* ; *fr.* 8 *quando dies legat.* ; *Justin. d. C. un.* § 6, *de cad. toll.* On suppose ici que l'esclave légataire est affranchi par le testateur même et sans condition : au contraire lorsque l'affranchissement est conditionnel ou fidéicommissaire, l'adition d'hérédité ne suffit pas pour l'ouverture des legs faits à ce même esclave. Il faut en outre que la liberté lui soit réellement acquise par l'événement de la condition (*Ulp. d. fr.* 8 ; *Justin. d. C.* § 7, *de cad. toll.*) ou par l'exécution du fidéicommis. (*Scævol. fr.* 27, § 1, *eod.*)

(2) *Javol. fr.* 38, *de legat.* 2°. Pothier (*pand. just.* XXX, 288) prétend que ces acquisitions devront être restituées au légataire. Cette assertion a pour unique fondement l'autorité de la glose, et la fiction par laquelle Pothier veut faire rétroagir la propriété du légataire jusqu'à la mort du testateur. J'ignore sur quel texte repose cette fiction ; seulement je sais que ce n'est pas sur celui de Marcien (*fr.* 15, *de reb. dub.*). Ce jurisconsulte déclare, il est vrai, que la propriété *ex post facto retroducitur* ; mais dans quelle hypothèse se place-t-il ? Est-ce dans la vacance, entre la mort et l'adition ? Non ; il se place entre l'adition et l'acceptation du légataire : *de liberante legatario*. Le légataire étant encore indécis, l'héritier aliène la chose léguée ; alors la validité ou la nullité de l'aliénation dépend du parti que prendra le légataire. Son acceptation aura donc un effet rétroactif ; il aura donc été propriétaire antérieurement à l'aliénation faite par l'héritier. Cela est incontestable ; mais, pour admettre cette conséquence, il suffit de remonter à l'adition d'hérédité, sans aller au delà. (V. *Ulp. fr.* 7, § 5, *de dol. mal.*)

payer aux héritiers, après avoir rendu son compte, soit le reliquat de ce compte (*ex eo reliqua inferre, text. hic*), soit une somme fixe à prendre sur le pécule (*certum ex peculio*; *Ulp. fr.* 8, § 7, *de pecul. leg.*); alors évidemment on lui laisse le surplus. Telle est la troisième proposition de Justinien. Quant à la seconde, voici quel en est l'objet.

Les pécules sont des universalités composées de choses corporelles et même incorporelles, par exemple, de créances actives ou passives, soit envers les étrangers, soit envers le maître de l'esclave. Ce que l'esclave doit à son maître diminue d'autant la valeur du pécule, qui réciproquement devrait s'augmenter de tout ce que le maître doit à l'esclave; mais un rescrit de Sévère et Antonin a décidé que le legs du pécule ne donne pas à l'esclave le droit d'exiger (*petitionem habeat*) les sommes qu'il aurait dépensées pour le compte de son maître (*Ulp. fr.* 6, § 4, *de pecul. leg.*). Ainsi donc, il ne peut les réclamer (*text. hic*) que lorsque telle a été la volonté formelle du testateur; néanmoins l'affranchi peut toujours compenser ce qu'il ne pourrait pas exiger directement. (*Ulp. d. fr.* 6, § 4.)

§ VIII.

750. Un seul et même objet peut être légué à plusieurs personnes conjointement ou séparément: conjointement, par exemple, lorsque le testateur, en donnant un de ses esclaves, le donne à Titius et à Seius; séparément, lorsque après l'avoir légué à Titius, il le lègue encore à Seius. Dans le premier cas, la chose n'est léguée qu'une seule fois (*semel*; *Paul. fr.* 85, *de legat.* 1°); dans le second cas, elle est léguée autant de fois qu'il y a de légataires.

Dans le legs *per damnationem*, l'héritier débiteur de la chose la devait autant de fois qu'elle avait été léguée; ou, ce qui revient au même, chacun des légataires devenait créancier de la chose entière ou d'une portion de la chose, selon qu'elle lui avait été léguée séparément ou conjointement. Toutefois ceci suppose que les dispositions du testateur produisent leur effet à l'égard de tous les légataires: mais l'un d'eux peut ou refuser le legs, ou décéder avant son ouverture (*vivo testatore*), ou enfin se trouver dans une impossibilité quelconque d'en recueillir le bénéfice; et alors l'héritier, ayant un créancier de moins, est déchargé par avance de tout ce dont il serait devenu débiteur envers ce dernier, sans que cela profite ou nuise en rien aux autres légataires. Ainsi, chacun de ceux à qui la chose avait été léguée conjointement pouvait toujours demander sa part, et rien que sa part; chacun de ceux à qui la chose avait été léguée séparément pouvait la demander en totalité, et l'héritier ne se libérerait qu'en payant à chacun ou la chose même, ou sa valeur estimative. (*Caius*, 2 *inst.* 205; *Ulp.* 24 *reg.* 13.)

Telles étaient les conséquences du legs *per damnationem*.

751. Le même objet peut être dû à plusieurs créanciers et à chacun pour le tout; mais il ne peut appartenir en totalité qu'à un seul propriétaire. Aussi, lorsque le testateur, au lieu de constituer les légataires créanciers de la chose léguée, leur en confère directement la propriété, chacun d'eux ne peut se dire propriétaire, et par conséquent revendiquer la totalité, que lorsqu'il est seul à profiter du legs. En cas de concours, la propriété se divise entre les concurrens.

Tel était autrefois le résultat des legs *per vindicationem* et *per præceptionem* (1); tel devait être, sous Justinien, le résultat de la propriété et de l'action réelle que confèrent tous les legs (§ 2, *h. t.*): aussi Tribonien, supprimant toutes les distinctions de Caïus, adopte le passage relatif au legs *per vindicationem*, et le donne ici comme règle générale.

En cela Tribonien se montre conséquent; et, pour continuer de l'être, il aurait dû écarter des Pandectes toutes les décisions qui se référaient au legs *per damnationem*, ou du moins ne les admettre qu'après les avoir pliées à son système, par les additions et par les retranchemens nécessaires. C'est ce qu'il a plusieurs fois exécuté (V. *Ulp. fr.* 20, *de legat.* 3°; *Cels. fr.* 14, *de usu et usufr. leg.*); mais d'autres textes, qui n'ont point été soumis à la même opération, retracent, dans le Digeste, les anciennes consé-

(1) Caius (2 *inst.* 199, 223), quant au legs *sinendi modo*, voyez le même (*ibid.* 21[illegible]).

quences du legs *per damnationem* (1).

752. Quoi qu'il en soit, et en prenant comme règle désormais générale celle que les anciens jurisconsultes suivaient dans le legs *per vindicationem*, nous observons que notre texte, en parlant d'un seul et même objet laissé à plusieurs légataires, ne distingue pas s'il leur a été laissé conjointement ou séparément. Dans l'un et l'autre cas (*sive conjunctim sive disjunctim*), la chose léguée se partage entre les concurrens, ou reste tout entière à celui qui reste seul.

Cependant la condition des légataires n'est pas absolument la même dans les deux cas. Pour chacun de ceux à qui la chose est donnée séparément, le legs est entier et indépendant. S'il devient quelquefois sujet à partage, ce n'est que postérieurement, lors du concours, et parce qu'il est impossible que le même objet appartienne en totalité à plusieurs. Dans ce cas, *concursu partes fiunt,* suivant l'expression des jurisconsultes (*Cels. fr.* 80, *de legat.* 3°; *Ulp.* 24 *reg.* 12) : c'est la concurrence qui divise le legs, et, à défaut de concours, la chose reste au légataire qui se trouve seul. La non-concurrence lui conserve son droit, lui évite une diminution, un décroissement, mais ne lui apporte aucune part nouvelle, aucun accroissement proprement dit; en un mot, il obtient la totalité en vertu d'une disposition qui lui est personnelle, et sans profiter du legs fait à d'autres. Aussi lorsqu'il prend la totalité, la prend-il de son chef, sans aucune charge étrangère, et, par exemple, sans accomplir les conditions imposées par une disposition séparée aux autres légataires du même objet. Par la même raison, libre de prendre ou de laisser la chose, il doit la prendre ou la laisser pour le tout, comme s'il avait toujours été seul; il ne peut la scinder, pour s'en tenir à la portion que lui aurait donnée le concours, en rejetant celle qu'aurait eue son colégataire (*Julian. fr.* 30, *de cond. et dem.*; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 12; *fr.* 4, *de legat.* 20; *Justin. C.* 1, § 11, *de cad. toll.*).

753. Il en est autrement lorsque plusieurs légataires sont rappelés conjointement par une même disposition. Aucun d'eux ne peut l'invoquer, sans rappeler en même temps le titre de son colégataire, et sans se restreindre par cela même à un droit partiel. Ce droit peut, il est vrai, embrasser en certains cas la totalité, non lorsqu'il se maintient dans ses premières limites, mais lorsqu'il s'accroît en attirant à soi la part que ne recueille pas l'autre colégataire.

De là résulte cette conséquence, qu'à défaut de concours, la part du défaillant avec les charges et conditions dont elle était grevée se réunit à la part de son conjoint (2), pourvu toutefois que ce dernier y consente. (*Justin. d. C. un.* § 11, *de cad. toll.*)

754. Le même objet peut être légué à plus de deux personnes; et alors plusieurs légataires peuvent se trouver en même temps conjoints entre eux, et disjoints relativement à un ou plusieurs autres. A cet égard on considère toujours combien de fois la chose a été léguée; car les légataires conjoints ne forment entre eux qu'une seule tête, et ne prennent qu'une seule part. (*Afric. fr.* 9, *de usuf. accresc.*; *Ulp. fr.* 34, *de legat.* 1°). En effet, la chose léguée ne l'a été qu'une seule fois pour tous, *defunctus semel ad eos legatum pertinere voluit*, dit Paul (*fr.* 85, *de legat.* 1°); et en cela ils diffèrent des légataires à qui le même objet est donné séparément, parce qu'il est donné plusieurs fois, *sæpius*, suivant l'expression d'Ulpien (*d. fr.* 34, § 1, *eod.*). Réciproquement, et par la même raison, la part attribuée à ceux qui ne forment ensemble qu'une seule tête ne se subdivise jamais qu'entre eux; elle accroît et se réunit aux autres parts lorsqu'elle n'est recueillie par aucun des conjoints : mais n'en restât-il qu'un seul, celui ou

(1) Voyez, pour le cas de concours entre deux légataires à qui la même chose a été léguée séparément, Julien (*fr.* 82, § 5, *de legat.* 1°) et Pomponius (*fr.* 13, *pr. et* § 1, *de legat.* 2°). Voyez, au contraire, pour le cas de non concours entre ceux qui sont appelés conjointement au même objet, Julien (*fr.* 84, § 8, *de legat.* 1°), Pomponius (*fr.* 16, *eod.*), Ulpien (*fr.* 34, § 9, *eod.*), Paul (*fr.* 7, *de legat.* 2°) et Scævola (*fr.* 38, § 2, *de legat.* 3°).

(2) Je dis *à la part de son conjoint*, et non pas au conjoint lui-même, parce que, dans le cas où l'un des colégataires vient à décéder après l'ouverture du legs, sa part, transmise à ses héritiers, s'accroît dans la main de ces derniers de toutes les portions devenues caduques depuis le décès de leur auteur. (*Julian. fr.* 26, § 1, *de cond. et dem.*; V. § 4, *de sc. orphit.*) Entre plusieurs légataires du même usufruit, la jouissance du prédécédé accroît au survivant (443), lors même que celui-ci aurait déjà perdu la sienne. Dans ce cas, l'accroissement s'opère de personne à personne, et non de portion à portion. (*Ulp. fr.* 10, *de usufr. accresc.*; *Julian. fr.* 33, § 1, *de usufr. et quemad.*)

ceux qui restent profitent, par préférence à tous autres, de la portion qu'aurait eue leur conjoint défaillant (1).

755. Les colégataires que nous avons appelés disjoints ou conjoints sont considérés comme tels, suivant qu'ils sont appelés par la même disposition ou par des dispositions différentes ; mais, dans l'un et l'autre cas, il s'agit toujours de ceux à qui l'on aurait légué le même objet (*eadem res legata*) : ainsi les colégataires conjoints ou disjoints par la manière dont seraient conçues les dispositions du testateur sont toujours conjoints quant à la chose léguée : aussi Paul (*fr.* 142, *de verb. sign.*; *fr.* 89, *de leg.* 3°) a-t-il considéré les colégataires comme étant tous conjoints, sauf à distinguer ceux qui ne le seraient que par la chose (*conjuncti re*), de ceux qui le seraient en outre par la disposition (*conjuncti re et verbis*).

La distinction entre les premiers et les seconds est précisément celle qui, dans notre texte et ailleurs, résulte de cette circonstance, que le même objet légué à plusieurs personnes le serait *disjunctim* ou *conjunctim*. (V. *Caius*, 2 *inst.* 199, 205; *Ulp.* 24 *reg.* 12 *et* 13; *fr.* 34, § 9, *de leg.* 1°; *Pompon. fr.* 16, *eod.*; *Paul. fr.* 33 *et* 85, *eod.*; *Julian. fr.* 30, *de cond. et dem.*; *Cels. fr.* 14, *de usu et usufr. leg.*)

756. Différens objets peuvent être donnés par une même disposition à différens légataires ; alors il n'existe entre eux aucune concurrence réelle, et par conséquent aucun accroissement possible. (*Julian. fr.* 84, § 12, *de legat.* 1°.) Différentes parties d'un même objet peuvent aussi se considérer comme des objets distincts : ainsi le fonds légué à Titius et à Seius peut l'être avec attribution de portions, par exemple pour moitié à chacun (*æquis partibus*) ; dans ce cas les colégataires sont conjoints *verbis tantum* : ce n'est pas la concurrence, c'est le testament qui les sépare dès l'origine, SEMPER *partes habent legatarii*, dit Paul (*fr.* 89, *de leg.* 3°), et dès lors ce jurisconsulte paraîtrait ne devoir admettre aucun accroissement entre ceux qu'il appelle conjoints *verbis tantum*. Néanmoins Pomponius (*fr.* 16, § 2, *de leg.* 1°) le leur accorde ; Paul lui-même, loin de le leur refuser, examine s'ils ne doivent pas l'avoir entre eux par préférence à tous autres légataires du même objet. En décidant l'affirmative, Paul (*d. fr.* 89, *de leg.* 3°) semble effacer la distinction qu'il a voulu établir entre les conjoints *re et verbis* et les conjoints *verbis tantum* ; du moins il ne laisse entre eux aucune différence sensible.

Faut-il conclure de là que les différentes parties d'un même objet, laissées à différens légataires, doivent régulièrement accroître l'une à l'autre ? Ce serait une fausse conséquence : car il n'existe aucun accroissement d'une chose à une autre ; et, lorsque le testateur, divisant lui-même la chose qu'il veut partager entre différens légataires, a considéré chaque partie comme l'objet d'un legs distinct, il n'existe encore aucun accroissement. (V. *Ulp. fr.* 1, *de usuf. accresc.*; *Papin. fr.* 11, *eod.*) Toutefois cette intention ne résulte pas nécessairement de la désignation, faite par le défunt, de la part que doit avoir chacun des colégataires ; car, en faisant cette désignation, le testateur n'envisage souvent que l'exécution du legs et le résultat du concours. En effet, il peut vouloir régler d'avance un futur partage, en prévenir les difficultés, confirmer ou modifier la présomption qui égalise les parts non désignées : alors il ne lègue qu'un seul et même objet ; et, sans établir aucune fraction, il fixe, pour ceux qui profiteront du legs, une proportion qui n'empêche pas l'accroissement entre les colégataires, que Paul appelle conjoints *verbis tantum*.

A leur égard, tout se réduit donc à une interprétation de volonté, et par conséquent à une question de fait, sur laquelle notre texte et Justinien lui-même (*d. C. de cad. toll.*) n'ont dû établir aucune règle générale. (V. *Pothier, pand. just.* XXX, 422 *et* 431.)

757. Le droit d'accroissement entre plusieurs colégataires et entre plusieurs cohé-

(1) *Paul. fr.* 89, *de legat.* 3° ; *fr.* 26, § 1, *de usu et usufr. leg.* Si donc on suppose la même maison léguée trois fois : 1° à *Primus* et à *Secundus* conjointement, 2° à *Tertius* seul, enfin à *Quartus*, à *Quintus* et à *Sextus* conjointement, il y aura division de la maison par tiers, puis subdivision du premier tiers entre deux conjoints et du dernier tiers entre trois conjoints. Le défaut d'une tête entière, par exemple de *Tertius*, change la division principale, et porte à moitié le tiers des deux autres têtes, sans rien changer à la subdivision. Le défaut de chacun de ceux qui laissent des conjoints profite à ces mêmes conjoints dans la subdivision de la part à laquelle ils auraient concouru, sans rien changer, soit à la division principale, soit à la subdivision des autres parts.

ritiers est aussi ancien que les testamens eux-mêmes ; mais sous Auguste, les lois Julia et Pappia Poppea avaient restreint le droit d'accroissement à un petit nombre de personnes ; les ascendans et descendans du testateur, l'empereur et l'impératrice, continuèrent seuls (1) à profiter des portions que n'auraient point recueillies leurs cohéritiers ou leurs colégataires ; dans tous autres cas, le trésor public, et ensuite le fisc profitaient des dispositions caduques. On appelle caduque toute disposition qui, susceptible d'être acquise à celui en faveur de qui elle est faite, manquerait son effet par une cause quelconque, notamment par la mort, soit du légataire, soit de l'institué, ou par la diminution de tête, qui, en leur ôtant le titre de citoyen, leur ôterait la faction de testament. Pour augmenter les chances de caducité, la loi Pappia Poppea voulut même qu'après la mort du testateur le legs ne devînt transmissible aux héritiers du légataire qu'autant que ce dernier conserverait la vie et la jouissance des droits civils, jusqu'au moment où le testament, jusqu'alors fermé, aurait été solennellement décacheté pour être lu et communiqué aux personnes intéressées (V. *Ulp. fr.* 2, 4 *et* 6 ; *Caius, fr.* 7, *testam. quemadm. aper.*). C'est à compter de ce moment seulement, et non pas à la mort du testateur, que le *dies cedebat* pour un legs pur et simple, sous l'empire des lois Julia et Pappia Poppea, autrement dites lois caducaires. (*Ulp.* 2, *reg.* 31 ; 17 *et* 18, *ibid.* ; *Pothier, pand. just. XXX*, 386 *et seq.*)

Les lois caducaires, que les empereurs, notamment Constantin et Théodose (*C.* 1 *et* 2, *de infirm. pœn. cœlib.*), avaient déjà modifiées, sont définitivement abrogées, et le droit d'accroissement rétabli par Justinien (*C. de cad. toll.*) : dès lors le legs pur et simple redevient transmissible aux héritiers du légataire, à compter de la mort du testateur ; et la part caduque cesse de profiter au fisc, pour accroître aux colégataires.

§ XII.

758. Les legs, à la différence d'une institution d'héritier, peuvent être révoqués par la volonté du testateur (586, 632).

Cette volonté peut être expressément déclarée, comme nous le verrons au titre suivant, ou tacitement et indirectement manifestée par plusieurs circonstances. Ainsi, par exemple, la liberté léguée par le testateur à ses esclaves ne peut appartenir qu'à ceux qui se seraient trouvés sous sa puissance au jour de la confection du testament, et au jour de la mort (§ 2, *de sing. reb.*) : par conséquent, en aliénant l'esclave affranchi dans son testament, le maître est censé révoquer un affranchissement qu'il rend impossible, *destitisse a libertatis datione videtur* (§ 1, *de hered. inst.*).

Lorsque le testateur aliène la chose léguée, le legs n'a plus pour objet que la chose d'autrui, chose dont la propriété n'est pas directement transférée au légataire, mais dont l'héritier peut toujours être débiteur. Le legs ne reste donc pas sans effet. Aussi n'est-ce pas l'aliénation même qui le révoque, c'est la volonté qui pourrait y être jointe. De là vient, relativement à la vente faite avec ou sans intention de révoquer, la distinction de Celsus, confirmée par Sévère et Antonin (2). L'aliénation fournit elle-même la preuve du changement d'intention, lorsqu'elle est faite sans aucune nécessité, par exemple à titre de donation (*Modest. fr.* 18, *de adim. leg.*), mais non lorsqu'un besoin urgent oblige de transférer la chose à titre onéreux (*Ulp. fr.* 11, § 12, *de leg.* 3[e]), ou de la mettre en gage (3).

759. Du reste, la volonté du testateur est tellement indépendante du changement de propriété, qu'elle a toujours opéré malgré la nullité de la donation, et malgré le rachat de la chose aliénée. (*Paul. fr.* 15, *de adim. leg.* ; *Ulp. fr.* 24, § 1, *eod.*)

(1) Seuls entre ceux qui n'auraient aucune postérité ; car l'ancien droit avait été maintenu en faveur de quiconque aurait des enfans. Jacques Godefroy l'avait conjecturé : cette conjecture, fondée sur un passage d'Ulpien (15 *reg.* 17), et admise par Heineccius, est aujourd'hui vérifiée par le texte de Caius (2 *inst.* 206, 207).

(2) Contre l'opinion généralement admise au temps de Caius (2 *inst.* 198), et d'après laquelle l'aliénation était toujours considérée comme un changement de volonté qui infirmait le legs, lors même qu'il était fait *per damnationem*. Quant au legs *per vindicationem*, il ne s'élevait aucun doute ; car il ne pouvait avoir son effet sur les choses dont le testateur aurait cessé d'être propriétaire au temps de la mort.

(3) *Text. hic* ; *Paul.* 3 *sent.* 6, § 16. Le gage n'est pas précisément une aliénation, puisque le débiteur reste propriétaire ; mais il confère au créancier le droit d'aliéner (§ 1, *quib. alien.*) ; et sous ce rapport le gage est une sorte d'aliénation indirecte. (V. *Justin. C.* 7, *de reb. alien. non alien.*)

TITRE XXI.

DE LA RÉVOCATION DES LEGS ET DE LEUR TRANSLATION.

Quand même la chose léguée ne serait jamais sortie des mains du testateur, celui-ci pourrait toujours, par une nouvelle disposition, corriger, changer ou détruire une disposition antérieure (*Cels. fr.* 17, *de adim. leg.*), et cela sans nuire aux autres parties du même testament, pourvu toutefois qu'on n'en fasse pas un autre, car un second testament infirmerait le premier dans sa totalité (§ 2, *quib. mod. testam.*). La révocation des legs n'a rien de commun avec l'infirmation du testament. On examine ici comment un legs peut être détruit, le testament restant valable, et voilà pourquoi l'on suppose une révocation faite, *sive eodem testamento, sive codicillis* (*pr., h. t.*; § 1, *eod.*; V. *Ulp.* 24 *reg.* 29.)

PR.

760. Tant qu'il y eut des formules pour léguer, il y en eut aussi pour révoquer, et la révocation ne produisait son effet direct que lorsqu'elle était conçue en termes précisément contraires à ceux du legs. (V. *Ulp.* 24 *reg.* 29.) Exprimée de tout autre manière, la volonté du testateur conduisait toujours au même résultat, mais indirectement et en autorisant l'exception de dol que l'on pouvait opposer à l'action du légataire. (V. 378.) Cette distinction, qui n'eut jamais lieu pour les fidéicommis (*Ulp. fr.* 3, § 11, *de adim. leg.*), a cessé de s'appliquer aux legs lorsqu'ils ont été assimilés aux fidéicommis et débarrassés de toutes formules (*Pothier, pand. just. XXXIV, IV*, 2 *et* 3) : aussi Justinien déclare-t-il ici qu'ils peuvent être révoqués *quibuscumque verbis* (*text. hic*).

761. L'intention de révoquer se manifeste non-seulement par des expressions formelles, mais aussi par des actes dont on peut l'induire tacitement. Dans ce cas, l'action que le légataire exercerait contre la volonté du défunt peut être repoussée par l'exception de dol. C'est ce qui arrive, entre autres exemples, dans le cas d'aliénation volontaire dont nous avons parlé précédemment (758; V. *Caius*, 2 *inst.* 198), et dans le cas d'inimitié grave survenue entre le testateur et le légataire. (*Ulp. fr.* 3, § 11, *de adim.*)

762. La révocation peut n'être que conditionnelle; alors les legs annulés pour le cas où la condition s'accomplit subsistent pour le cas opposé, et par conséquent cessent d'être purs et simples : ils sont réputés faits sous la condition contraire à celle de la révocation. (*Julian. fr.* 10, *eod.*; *Caius*, *fr.* 107, *de cond. et dem.*) Toutefois la règle catonienne qui n'atteint jamais les dispositions conditionnelles (727) n'en reste pas moins applicable : en effet, la révocation, même conditionnelle, ne peut que diminuer les chances favorables au légataire, sans jamais les augmenter. (*Florent. fr.* 14, *de adim.*)

§ I.

763. Le texte offre ici l'exemple d'un legs transféré d'une personne à une autre (*ab alio ad alium*), et nous avertit que cette disposition donne à Seius ce qu'elle retire à Titius : il y a révocation d'un premier legs, et création d'un second. Seius ne concourra point avec Titius : il le remplacera. Il importe donc beaucoup de savoir si le testateur a voulu léguer plusieurs fois le même objet à différens légataires, ou s'il a entendu le transporter de l'un à l'autre. Tout dépend de l'intention; car, d'après les expressions seules, l'exemple de notre texte et celui du § 8 *de legat.* sont presque entièrement semblables. Aussi est-il quelquefois très-difficile de distinguer la translation proprement dite, soit de la conjonction *re tantum*, soit de la substitution vulgaire par laquelle un nouveau légataire serait appelé à remplacer le premier, si celui-ci ne voulait ou ne pouvait pas recueillir le legs. (V. *Scævol. fr.* 30 *et* 31, *de adim.*; *Ulp. fr.* 3, § 1, 2 *et* 3; *Julian. fr.* 10, *eod.*; *fr.* 25, *ad. sc. trebel.*; *Poth., pand. just. XXXIV, IV*, 36 *et* 37.) Pareillement lorsqu'on lègue un nouvel objet au même individu, la volonté du testateur peut seule indiquer si cette nouvelle disposition doit se cumuler avec la première ou la remplacer. (*Ulp. fr.* 9, *de adim.*)

764. Quoi qu'il en soit, la translation, lorsqu'elle existe, détruit un legs en même temps qu'elle en forme un second (*text. hic*) : elle a donc deux effets, mais deux effets indépendans l'un de l'autre.

Ainsi, quoique le legs fait à Titius fût déjà éteint avant d'être transféré, et quoique l'extinction rendît la révocation absolument inutile, le legs fait à Seius n'en sera pas moins valable (*Ulp. fr.* 3, *de adim.*); et réciproquement l'incapacité ou le prédécès du nouveau légataire, en empêchant l'effet du nouveau legs, n'empêcherait pas la révocation du premier. (*Pomp. fr.* 20, *eod.*)

Le changement de légataire n'est pas le seul moyen par lequel un legs puisse être transféré. Les dispositions dont le testateur aurait d'abord grevé l'un de ses héritiers peuvent être mises à la charge d'un autre; on peut changer l'objet du legs, ou le refaire d'une autre manière, par exemple en léguant à terme ou sous condition ce qu'on avait d'abord légué purement et simplement. Dans ces différens cas, le premier legs est révoqué pour tout ce qui se trouve de nouveau dans le second. Ainsi, par exemple, le changement de légataire libère les héritiers envers Titius, mais conserve envers Seius les obligations que le premier legs leur imposait, les droits qu'il conférait au légataire, ainsi que les termes, charges et conditions sous lesquels ces droits lui étaient conférés (1). Au contraire, dans la quatrième espèce de translation qui ne change ni la chose léguée, ni les personnes créancières ou débitrices du legs, les termes, charges et conditions de la première disposition restent sans effet pour la seconde; car autrement celle-ci, se confondant avec la précédente, ne servirait à rien. (V. *Val. fr.* 28, *de adim.*)

TITRE XXII.

DE LA LOI FALCIDIE.

765. Justinien rappelle ici les paroles de la loi des Douze-Tables (2), et, comme conséquence de cette loi, l'entière faculté qu'avait le testateur d'employer en legs tout ce qu'il laissait après lui. L'empereur indique l'abus de cette liberté, l'inconvénient qui en résultait pour les testateurs mêmes, la nécessité de restreindre, dans leur propre intérêt (*ipsorum testatorum gratia*), une faculté dangereuse, le nom de trois lois portées dans cette vue, l'insuffisance des deux premières, et le sommaire de la troisième.

J'ajouterai peu de choses sur ces lois ou plutôt sur ces plebiscites, qui portent chacun le nom du tribun qui les a proposés (3).

La première, dite loi *Furia testamentaria*, limitait la valeur de chaque disposition. Ainsi, à quelques exceptions près, nul ne pouvait recevoir, par legs ou par donation à cause de mort, plus de mille as; mais en multipliant le nombre des légataires, le testateur pouvait encore épuiser l'hérédité. La loi Voconia défendit ensuite de léguer à personne plus qu'il ne resterait aux institués; par là on mettait le testateur dans la nécessité de leur réserver quelque chose, mais peu de chose, et aussi peu qu'il voudrait; car, pour épuiser presque toute l'hérédité, il suffisait d'en distribuer la valeur par petites portions à de nombreux légataires. (V. *Caius*, 2 *inst.* 224, 225, 226.)

Ce n'est donc pas chaque disposition considérée isolément, c'est la masse générale des legs qu'il fallait limiter, comme le fit la loi Falcidie. Les valeurs qu'elle permet de léguer peuvent être laissées à un seul légataire, ou distribuées entre plusieurs au gré du testateur, pourvu que les héritiers institués conservent un quart au moins de l'hérédité. Ainsi les legs n'en peuvent jamais absorber que les trois quarts (*text. hic*; *Caius*, 2 *inst.* 227; *Ulp.* 24 *reg.* 32; V. *Paul. fr.* 1, *h. t.*).

Nous examinerons comment se calcule la proportion établie par la loi Falcidie, et dans quel cas son application cesse.

(1) *Scævola*, *fr.* 13, *de aliment. legat.*; *Marcel. fr.* 36, § 1, *de cond. et dem.*; excepté lorsque les charges tiennent à la personne du légataire, plutôt qu'au legs même. (*Papin. fr.* 24, *de adim.*)

(2) En citant ici le texte de la loi des Douze-Tables, et lorsqu'on parle de la puissance illimitée qu'elle accordait aux testateurs, pour expliquer les modifications qu'elle a subies quant aux legs, il n'est pas inutile de rappeler les restrictions mises aux affranchissemens par la loi *Fusia Caninia*, et aux institutions d'héritier par l'interprétation des prudens, d'où sont dérivées les règles de l'exhérédation et la plainte d'inofficiosité.

(3) Voconius-Saxa fit porter la loi Voconia en 585, sous le consulat de Cæpion et de Philippe; et Falcidius la loi Falcidie, en 714, sous le consulat de Calvinus et de Pollion. La loi Furia, antérieure aux deux autres, remonte, suivant Haubold, à l'année 571; on ne peut donc la confondre avec la loi Fusia ou Furia Caninia (V. *liv.* 1, *tit.* 7), portée en 761.

766. Le texte avertit ici que la rétention du quart, indépendante du nombre des héritiers, est toujours la même, *sive unus heres sit, sive plures.*

§ I.

De là naît une question posée et décidée, dans ce texte, de manière à n'exiger aucune autre explication. Remarquons seulement, d'après son résultat, que la loi Falcidie s'applique sur la portion de chaque héritier séparément (*in singulis heredibus*) en raison des legs dont il est personnellement grevé, et indépendamment de ceux qui peuvent grever les autres parts.

767. Néanmoins lorsque différentes parts viennent se réunir sur la tête d'un même héritier, soit par substitution, soit par l'effet d'une autre condition, les parts réunies se confondent en une seule, et la loi Falcidie s'applique, s'il y a lieu, sur le total. (*Julian. fr.* 87, § 3, *ad leg. falcid.*; *Papin. fr.* 41, § 6, *de vulg. et pupill.*)

Le droit d'accroissement peut également réunir deux parts, dont l'une aurait été surchargée de legs, tandis que l'autre serait ou intacte ou moins grevée qu'elle ne peut l'être. Alors on distingue laquelle des deux accroît à l'autre. Si c'est la seconde, celui qui la recueille est considéré comme institué dès l'origine pour le tout : il en est de cette part comme d'un legs caduc, qui, restant à l'héritier, augmente d'autant la masse héréditaire, et par là diminue pour les autres legs les chances de réduction. Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque la part surchargée accroît à l'autre, la loi Falcidie s'applique séparément sur chaque portion, comme si elles avaient été recueillies par différens héritiers. (*Caius, fr.* 78, *ad leg. falcid.*; *Paul. fr.* 1, § 13, *eod.*) Plusieurs jurisconsultes avaient voulu assimiler ce cas aux deux précédens ; leur opinion a été rejetée par Antonin (1).

Il y a lieu d'appliquer la loi Falcidie et de réduire les legs toutes les fois que leur valeur excède les trois quarts de l'hérédité. Il se forme donc une masse : voyons, 1° ce que comprend cette masse ; 2° comment se fait l'estimation ; 3° ce qu'on en déduit.

768. On comprend dans la masse toutes les valeurs qui existaient dans l'hérédité au décès du testateur, et dont l'héritier profite en cette qualité. Ainsi l'on y comprend les choses corporelles et incorporelles par exemple, les créances du défunt; et ce, jusqu'à concurrence seulement de la solvabilité du débiteur (*Paul. fr.* 63, § 1, *ad leg. falcid.*), ou pour les créances conditionnelles, jusqu'à concurrence de leur valeur vénale. (*Caius; fr.* 73, § 1, *eod.*) On y comprend enfin ce dont l'héritier, débiteur du défunt, se trouverait libéré en acquérant la succession, qui réunit et confond en sa personne la créance et la dette. (*Paul. fr.* 1, § 18, *eod.*; *Marcel. fr.* 56, § 2, *eod.*)

On écarte de cette masse les objets dont l'héritier ne profite point, comme les choses de nulle valeur, ou susceptibles d'être enlevées à l'héritier par l'événement d'une condition quelconque. (*Papin. fr.* 11, § 1, § 3 *et* 4, *ad leg. falcid.*) On en écarte aussi les objets détournés par l'héritier ; ce n'est pas, bien entendu, pour le récompenser de sa fraude : c'est au contraire pour l'en punir, en lui ôtant, sur ces objets, l'avantage d'une réduction qui s'opère au profit du fisc. (*Paul. fr.* 24, *eod.*; *Ulp. fr.* 68, § 1, *eod.*; *Marcel. fr.* 6, *de his quæ ut indign.*)

Les différens objets compris dans la masse s'estiment à leur juste valeur, sans égard aux appréciations déclarées par le défunt, ni au prix relatif que pourrait y attacher telle ou telle personne. (*Papin. fr.* 15, § 8, *ad leg. falcid.*; *Ulp. fr.* 42; *fr.* 62, § 1; *fr.* 63, *eod.*)

§ II.

769. Dans cette estimation, on prend pour base la valeur que les objets avaient au moment de la mort, ainsi qu'il est suffisamment expliqué par le texte même.

Toutefois, de ce texte, il ne faut pas conclure que tout ce qui périt depuis la mort du défunt périsse pour l'héritier seul. Un corps certain et déterminé périt toujours pour tous ceux qui pourraient y avoir un droit quelconque, en ce sens que chacun perd le droit qu'il avait : ainsi l'héritier perd son droit de rétention, et le

(1) Observez toutefois qu'il faut ajouter une négation au texte de Paul (*fr.* 1. § 14, *ad leg. falcid.*; V. Pothier, *pand. just. XXXV, II*, 73.

légataire son droit de créaocc oo de propriété sur l'objet ou sur la partie de l'objet qui périt fortuitement, car l'héritier n'est pas tenu de lui en payer la valeur (1).

Pour bien entendre, à la fiu de ce texte, l'iotérêt qu'ont les légataires de s'arranger avec l'héritier, il faut se rappeler que celui-ci peut répudier l'hérédité, et que dans ce cas (*destituto testamento*) le testament et toutes les dispositions qu'il cootiendrait sont anéanties. Aussi, lorsque le testateur instituait pour héritiers ceux qui devaient lui succéder *ab intestat*, ceux-ci pouvaient se jouer des volontés du défunt, en répudiant l'hérédité testamentaire pour reprendre ensuite l'hérédité légitime: mais le droit prétorien a préveou cette espèce de fraude; et, malgré l'abandon du testament, il conserve l'action des légataires et fidéicommissaires contre les héritiers légitimes qui o'ont répudié l'hérédité testamentaire que pour se dispenser d'exécuter les volontés du défunt (2).

§ III.

770. Sur la masse, estimée comme il vient d'être dit, notre texte indique trois sortes de déductions. La première est celle des dettes. Les dettes doivent se déduire par réciprocité du principe qui fait comprendre dans la masse les créances du défuot; d'ailleurs, eo règle générale, les bieos d'un homme ne sont que l'excédant de ce qu'il a sur ce qu'il doit; *bona intelliguntur*, dit Paul (*fr.* 39, § 1, *de verb. sign.*), *quæ deducto ære alieno supersunt*.

La déductioo des frais d'inhumation est nécessitée par leur nature même. C'est une dette indispensable, contractée sinon par le défunt, au moius pour lui, et qui toutefois doit se restreindre dans de justes horoes (3).

Les esclaves que leur maître affranchit par testameot ne deviennent libres qu'à l'adition d'hérédité (*Marcian. fr.* 23, § 1, *de manum. test.*); ils se trouveot dooc nécessairement dans l'hérédité et dans l'estimation qui en est faite, d'après les valeurs existantes au jour de la mort; cependaot comme ils ne doivent pas rester à l'héritier, il faut que leur valeur soit déduite de l'estimation dans laquelle ils ont été compris. (*Paul. fr.* 59, *ad leg. falc.*) On déduit également la valeur des esclaves que l'héritier aurait été chargé d'affraocbir. (*Paul. fr.* 36, § 2; *Val. fr.* 37, § 1, *eod.*)

771. Ce qui reste après les déductions ci-dessus indiquées forme la masse dont la loi Falcidie réserve uu quart à l'héritier; et sur ce qnart, oo lui impute ce qu'il prend à titre d'héritier dans la succession du testateur. Par conséquent oo n'impute ni les donations entre vifs qu'il aurait pu recevoir (*Paul.* 3 *sent.* 8, § 3), ni le legs ou fidéicommis qui serait fait à l'un des héritiers, du moins pour la part doot ses cohéritiers seraient tenus envers lui; car la portion du legs dont l'héritier légataire serait tenu envers soi-même, se confond dans la part héréditaire, et c'est réellement à titre d'héritier qu'il la recueille. (*Caius, fr.* 74, *ad leg. falcid.*; *Paul. fr.* 29, *eod.*) On u'impute pas non plus sur la quarte Falcidie, c'est-à-dire sur le quart réservé à l'héritier par la loi Falcidie, les sommes que son cohéritier, un légataire, etc., lui paie (*implendæ conditionis causa*) pour accomplir une condition imposée par le défunt. (*Marcian. fr.* 91, *eod.*; *Caius, fr.* 76, *eod.*)

Je n'ajouterai rien au texte sur la quotité à déduire daos les legs qui, s'élevant au-dessus des trois quarts des biens de la valeur des biens, peuvent ou égaler la valeur totale de ces mêmes biens, ou la surpasser, ou ne pas l'atteindre. Quant au mode de réduction, il est essentiel d'observer qu'elle se fait sans distioction entre tous les légatai-

(1) V. *Mæcian. fr.* 30, § 2, 3, 4 *et* 5, *eod.* On dit communément que la chose périt pour le propriétaire, *res perit domino*, parce que la propriété reunit ordinairement tous les droits en elle, mais en réalité la chose périt pour le propriétaire, quant à la propriété; pour l'usufruitier, quant à l'usufruit; pour le créancier, quant à sa créance ou à son hypothèque; pour le maître du fonds dominant, quant aux servitudes, etc. *Voy.* au surplus l'explication du § 3 *de empt. vend.*

(2) *Ulp. fr.* 1, *si quis omiss. caus.* Justinien, dans sa première Novelle, a voulu que les légataires, les fidéicommissaires, ou même les esclaves affranchis dans le testament, passent, dans l'ordre par lui établi, et en donnant caution d'exécuter toutes les dispositions du testateur, recueillir, par préférence aux héritiers légitimes, l'hérédité abandonnée par les institués (*nov.* 1, *cap.* 1). Voy. ci-après, *liv.* 3, *tit.* 11.

(3) *Paul. fr.* 1, § 19. *ad leg. falcid.*; *Marcel. fr.* 2, *eod.* Ceux qui avancent les frais funéraires ont une action pour se les faire rembourser. (V. *Ulp. fr.* 14, § 6, *de relig.*)

res (1) et proportionnellement. (*Marcel. fr.* 80, *de leg.* 1°.)

772. La loi Falcidie ne réduit pas directement les legs ; elle permet seulement de les réduire, et c'est aux héritiers à réclamer le quart qui leur est réservé. Tant qu'ils ont entre leurs mains la chose léguée, ou partie suffisante de cette chose, l'exception de dol suffit pour les garantir contre l'action du légataire qui réclamerait la totalité (*Scævol. fr.* 16, *pr. et* § 1, *ad leg. falc.*) ; mais ce dernier peut être détenteur de la chose au moment même où le testateur décède : par exemple, si l'on suppose qu'elle lui aurait été prêtée ou donnée en dépôt. Alors l'héritier peut exiger la restitution de la chose, ou même revendiquer la partie que la loi Falcidie l'autorise à déduire. (*Scævol. fr.* 26, *eod.*)

L'héritier qui acquitte le legs, sans user du bénéfice de la loi Falcidie, paie plus qu'il ne doit, et par conséquent ce qu'il ne doit pas : cependant *nulla ei repetitio concessa fuerat*, dit Marcellus (*fr.* 20, § 1, *de donat.*) : ce qui doit s'entendre, suivant les interprètes, du cas où l'héritier paierait sciemment ou par erreur de droit : car, d'après une constitution de Gordien (*fr.* 9, *ad leg. falcid.* ; V. *Paul, fr.* 9, § 5, *de jur. et fact.*), l'erreur de fait n'empêche pas de répéter ce qu'on aurait pu retenir en vertu de la loi Falcidie. Gordien, dans cette constitution, parle des fidéicommis, et non des legs. Dans la législation justinienne, et depuis que les legs ont été confondus avec les fidéicommis, peut-être faut-il appliquer aux premiers ce que Gordien décide des seconds (V. *Diocl. et Max. C.* 7, *de cond. ind.*) ; mais l'ancien droit consacrait à cet égard une différence importante. Il admettait la répétition pour les fidéicommis dans tous les cas où l'on aurait payé par erreur plus qu'il n'était dû : il la refusait pour les legs ou pour la portion de legs indûment payée (V. *Caius*, 2 *inst.* 283). Ulpien (24 *reg.* 33), en confirmant cette décision, semble l'appliquer spécialement au cas où l'héritier n'aurait point usé du bénéfice de la loi Falcidie (2).

773. La loi Falcidie n'a jamais été appliquée aux testamens militaires (V. *Scævol. fr.* 17 ; *Paul. fr.* 18, *ad leg. falcid.* ; *Alex. C.* 7, *eod.*). Du reste, le testateur ne pouvait ni défendre la rétention du quart (*Scævol. fr.* 27, *eod.*), ni l'empêcher en y faisant renoncer l'héritier (*Papin. fr.* 15, § 1, *eod.*). Sans doute celui-ci peut abandonner le bénéfice que la loi lui accorde : toutefois il n'y renonce efficacement qu'après la mort du testateur. (V. *Ulp. et Paul. fr.* 46 *et* 71, *eod.* ; *Marcel. fr.* 20, § 1, *de donat.*)

774. Dans les Novelles de Justinien, tout change de système : aux yeux de l'empereur, la loi Falcidie est établie dans l'intérêt exclusif des testateurs, et il ne veut pas qu'elle s'applique malgré eux. (*Nov.* 1, *cap.* 2, § 2.) Lorsque le défunt n'a point exprimé de prohibition formelle, on présume qu'il a proportionné ses dispositions à la valeur réelle de sa fortune, et qu'il n'y aurait pas eu lieu d'appliquer la loi Falcidie, si les héritiers n'avaient rien soustrait : *cum utique, si nihil malignati essent, non forte competeret* (*d. Nov.* 1, *cap.* 2). Néanmoins cette présomption cède à la preuve contraire résultant d'un inventaire auquel les légataires et fidéicommissaires sont présens ou dûment appelés ; et alors l'héritier peut opérer, en démontrant l'erreur du défunt, une réduction qui n'aurait pas lieu contre sa volonté, *qua non hæc contrarietas erit scientiæ morientis, sed ignorentiæ puritas illius.* (*Nov.* 1, *cap.* 5, § 1.)

A défaut d'inventaire, la présomption conserve toute sa force ; l'héritier ne déduit pas la quarte Falcidie (*non retinebit falcidiam*), et reste tenu de la totalité des legs et fidéicommis, *licet puræ substantiæ morientis transcendat mensuram legatorum datio.* (*Nov.* 1, *cap.* 1, § 2.) On a conclu de ces expressions qu'il en serait désormais des légataires et fidéicommissaires

(1) *Caius*, *fr.* 79, *ad leg. falcid.* Sauf, entre autres exceptions, le cas où le testateur ordonnerait expressément d'ajouter à tel ou tel legs ce dont il aurait pu être réduit. Alors la réduction porte tout entière sur les autres legs. (*Ulp. fr.* 65 ; *Scævol. fr.* 88, § 2, *eod.*)

(2) *Paul. fr.* 1, § 11, *ad leg. falcid.*, semble pareillement confirmer cette décision, en déclarant que le légataire nanti de la chose léguée ne peut pas être dépossédé lorsqu'il la tient de l'héritier : *non potest avocari ei res, quia voluntate heredis errantis nactus est possessionem* ; néanmoins le jurisconsulte donne une action à l'héritier pour enlever au légataire *quod supra dodrantem est.* Ce résultat me paraît trop éloigné du raisonnement qui le précède pour ne pas faire soupçonner une altération quelconque dans le texte de Paul.

comme des créanciers ; que l'héritier, débiteur des uns comme des autres, doit les satisfaire indépendamment des forces de la succession, à moins qu'il n'accepte sous bénéfice d'inventaire. Observons toutefois que l'héritier pourrait jouir de ce bénéfice envers les créanciers, lors même qu'il ne pourrait pas opposer aux légataires un inventaire auquel ces derniers n'auraient été ni appelés, ni représentés par les témoins qui doivent assister les tabellions. (*Nov.* 1, *cap.* 2, § 1.) D'un autre côté, l'héritier n'oppose le bénéfice d'inventaire aux créanciers que lorsqu'il accepte immédiatement l'hérédité, sans demander aucun délai pour délibérer (*C.* 22, § 14, *de jur. delib.*); tandis qu'à l'égard des légataires, Justinien ne distingue pas à quel moment et de quelle manière l'héritier aurait pris cette qualité. (V. *Nov.* 1, *cap.* 2, § 1 *et* 2.)

Il semble résulter de la Novelle que l'héritier, lorsqu'il ne peut pas profiter de la loi Falcidie pour réduire les legs qui excèdent les trois quarts de l'hérédité, ne peut pas non plus réduire ceux qui excèderaient la valeur totale de cette même hérédité. Si telle est véritablement l'intention de Justinien, il a fait un changement considérable à l'ancien droit. En effet, lors même que la loi Falcidie n'était pas applicable, les obligations de l'héritier envers les légataires ne pouvaient jamais surpasser l'émolument que lui procurait l'hérédité (*Ulp. fr.* 1, § 17, *ad sc. treb.*). Aussi, lorsque la valeur des legs excédait la valeur des biens, on commençait par retrancher cet excédant, et le quart réservé à l'héritier, d'après la loi Falcidie, se prenait ensuite par une seconde déduction (1).

775. D'après une autre Novelle (119, *cap. ult.*), la loi Falcidie ne s'applique point aux immeubles légués avec défense de jamais les aliéner. Il en serait de même pour les choses léguées *ad pias causas*, si l'on admettait, sur le sens d'une troisième Novelle (131, *cap.* 12), une interprétation justement contestée. (V. *Pothier*, *pand. just. XXXV*, *II*, 89.)

APPENDICE

AUX TROIS TITRES PRÉCÉDENS.

776. Avant de passer aux fidéicommis, il est nécessaire de parler ici des legs qui ont pour objet des universalités. En effet, on peut donner à un légataire une portion quelconque de l'hérédité, qui se partage alors entre lui et l'héritier institué ; et de là est venu au legs même le nom de *partitio*, et au légataire le nom de *legatarius partiarius*. (*Ulp.* 24 *reg.* 25 ; *fr.* 22, § 5, *ad sc. trebel.*) Cependant l'héritier a le choix de partager réellement l'hérédité, pour délivrer au légataire la portion qui lui est léguée, ou d'en payer l'estimation. (*Pompon. fr.* 26, § *ult.* ; V. *Paul. fr.* 27, § 1, *de legat.* 1°.) Il ne faut donc pas assimiler le légataire partiaire aux héritiers institués pour une portion déterminée, avec lesquels il ne saurait du reste se trouver confondu, puisqu'il ne succède pas à la personne et aux droits immédiats du testateur. En effet, il reste étranger, soit aux créanciers, soit aux débiteurs du défunt, et ne peut s'adresser qu'à l'héritier. Celui-ci, après avoir remis au légataire la portion d'hérédité qui lui revient, reste toujours seul créancier et seul débiteur de tout ce qui est dû au testateur ou par le testateur : toutefois il est juste que l'héritier et le légataire partiaire se tiennent respectivement compte de ce que le premier aurait reçu ou payé pour la part du second : mais à cet égard, l'action qu'ils ont l'un contre l'autre ne naît pas de leurs qualités respectives ; elle résulte des engagemens qu'ils contractent réciproquement par une double stipulation dite PARTIS ET PRO PARTE (§ 5, *de fideic. hered.* ; *Ulp.* 25, *reg.* 15 ; V. *Caius*, 2 *inst.* 254 ; *Pothier*, *pand. just. XXX*, 455).

Passons aux fidéicommis (*pr.*, *de fideic. hered.*).

(1) § 3, *h. t.*; *Caius*, *fr.* 73, § 5, *eod.* Ceci doit servir à expliquer la décision du § 2 *h. t.* pour le cas où les biens seraient diminués dans l'intervalle de la mort à l'adition, et ne présenteraient plus qu'une valeur égale au montant des legs, ou même inférieure (*vel etiam minus*). On décide qu'il faudra payer la totalité des legs, c'est-à-dire les legs, intacts et garantis de la réduction dont il s'agit dans ce titre. Cette réduction est celle de la loi Falcidie. Ainsi les legs doivent être payés comme si la loi n'existait pas ; on ne fera pas la seconde des deux réductions qu'autorise notre texte, mais rien n'empêche celle qui doit ramener les legs au niveau des biens, parce qu'il est dans leur nature même de ne jamais l'excéder.

TITRE XXIII.

DES HÉRÉDITÉS FIDÉICOMMISSAIRES ET DU SÉNATUS-CONSULTE TRÉBELLIEN.

§ I.

777. Il arrivait souvent qu'un citoyen romain voulût avantager, par acte de dernière volonté, certaines personnes avec lesquelles il n'avait point faction de testament, ou qui ne pouvaient recueillir qu'une partie de ce qui leur serait laissé. Alors, pour arriver au but que n'aurait pas atteint une disposition directe, on prenait une voie détournée : l'institution ou le legs que l'on ne pouvait pas faire en faveur d'un *peregrinus*, d'un célibataire ou d'une personne sans enfant, se faisait en faveur d'une autre personne susceptible de les recueillir sans aucun obstacle légal; mais en même temps on chargeait cette personne de remettre à ceux qu'on voulait réellement avantager, tout ou partie soit de l'hérédité, soit du legs, qui lui étaient plutôt confiés que donnés. Tels furent les premiers fidéicommis (*text. hic*; *Caius*, 2 *inst.* 285).

On conçoit aisément qu'ils ne pouvaient jamais être obligatoires, le défunt n'ayant sur l'exécution de sa volonté d'autre garantie que la fidélité et l'honneur de celui qu'il choisissait pour intermédiaire; et de là vient le nom que les *fidéicommis* ont tiré de leur nature même, plutôt que des termes employés par le défunt pour exprimer sa volonté. On se servait habituellement de formes précatives; en s'adressant à ceux qu'on voulait charger d'un fidéicommis, on les sollicitait, on les engageait à l'exécuter, sans doute parce qu'on n'avait aucun moyen de les y contraindre. Leur ministère était de pure confiance; dès lors on avait tout à leur demander, rien à leur enjoindre. Je ne dirai donc pas, avec Justinien (*text. hic*), que les fidéicommis étaient sans force (*infirma*), parce que nul n'était tenu d'exécuter une prière (*quia nemo invitus cogebatur præstare id de quo rogatus erat*) : mais je dirai que, dans les fidéicommis, on sollicitait ce qu'on ne pouvait pas exiger, et parce qu'on ne pouvait pas l'exiger; car, s'il n'avait tenu qu'aux mourans d'assurer l'effet de leurs dispositions, s'il avait suffi pour cela d'un ordre positif, auraient-ils jamais préféré la voie indirecte des prières; auraient-ils remis à la discrétion d'autrui ce qu'ils auraient pu faire eux-mêmes? Je ne puis le croire; et, malgré l'assertion de Justinien, je pense que les premiers fidéicommis se sont faits en termes précatifs, parce qu'ils n'étaient pas et ne pouvaient pas être obligatoires (811; V. le § 3 *de singul. reb.* et son explication).

778. La force que les fidéicommis n'avaient pas originairement leur fut accordée par Auguste (*text. hic*; § 12, *h. t.*; *pr.*, *de codicil.*); et depuis ce temps on put ouvertement et valablement faire, par fidéicommis, plusieurs dispositions qui, sous la forme de legs ou d'institution, n'auraient point eu leur effet ou ne l'auraient eu que partiellement. Telles furent, jusqu'au sénatus-consulte Pégasien (1), porté sous le règne de Vespasien, les dispositions faites en faveur des citoyens romains restés célibataires ou sans enfans; telles furent, jusqu'au règne d'Adrien, les dispositions faites à titre de peine, ou en faveur des personnes incertaines et des *peregrini*. (*Caius* 2 *inst.* 284 *et seq.*; V. § 25, 26, 27, 28 *et* 36, *de legat.*) Plus tard les Latins Juniens continuaient toujours à recueillir, par fidéicommis, ce qu'ils n'auraient pu obtenir directement par legs ou par une institution dont la loi Junia les déclarait incapables. (V. *Caius* 2 *inst.* 275; *Ulp.* 25 *reg.* 7.) Il en fut de même pour les femmes qui, d'après la loi Voconia, ne pouvaient point être instituées par les testateurs dont la fortune excédait une valeur déterminée (V. *Caius* 2 *inst.* 274); mais ce ne sont plus là que les exceptions d'un principe qui prévalut bientôt, et d'après lequel on exigea dans les fidéicommissaires la même capacité que dans les légataires. Telle était au temps d'Ulpien (25 *reg.* 6) la règle générale.

Toutefois les legs et les institutions d'héritiers restèrent soumis à la rigueur de leurs anciennes règles, la plupart étrangères au fidéicommis, qui, n'étant

(1) Caius, 2 *inst.* 286. Ulpien (25 *reg.* 17) semble attribuer à ce même sénatus-consulte Pégasien une disposition que Modestinus (*fr.* 59, *ad leg. falcid.*) fait dériver du sénatus-consulte Plaucien. Nous parlerons du sénatus-consulte Pégasien sur le § 5, *h. t.*

point soumis à la stricte observation du droit civil, laissaient plus de latitude à la volonté du défunt, *nec ex rigore juris proficiscitur*, dit Ulpien, *sed ex voluntate... relinquentis* (25 *reg.* 1); *ex voluntate magis descendebant defunctorum* (§ 3, *de legat.*).

Ainsi, par exemple, et indépendamment des différences précédemment expliquées (V. § 34 *et* 35, *de legat.*), tandis que les legs devaient nécessairement être faits par un testateur, et mis à la charge de l'héritier, les fidéicommis pouvaient exister même *ab intestat*, et être mis à la charge de quiconque, sans être héritier, aurait reçu quelque chose du défunt. (V. § 10, *h. t.*; *pr.*, *de sing. reb.*)

779. La différence, quant aux effets, n'était pas moins importante, car le fidéicommis ne donnait jamais ni la propriété, ni la revendication. (*Paul.* 4 *sent.* 1, § 18.)

On s'adressait, pour en obtenir l'exécution, à un magistrat particulier (*qui de fideicommissis jus diceret*), qui n'observait pas la marche des procédures ordinaires, en renvoyant les parties, la cause et son examen devant un juge, mais statuait directement sans donner aucune action. (V. *text. hic*; *Caius*, 2 *inst.* 278; *Ulp.* 25 *reg.* 12.) Il était donc fort important de ne pas confondre les fidéicommis avec les legs, et surtout avec le legs *per damnationem*, dont ils se rapprochent beaucoup, quoiqu'on les distinguât aisément par les termes dans lesquels l'un ou l'autre aurait été conçu. Toute disposition faite *legis modo*, c'est-à-dire avec les expressions, avec toutes les autres conditions requises par la loi civile, formait un legs : exprimée de toute autre manière, la volonté du défunt ne pouvait constituer qu'un fidéicommis (*Ulp.* 25 *reg.* 1; V. *text. hic*; *Caius*, 2 *inst.* 278; *Ulp* 25 *reg.* 12), ainsi que nous le verrons avec plus de détails en expliquant le § 3. (*de singul. reb.*)

Telle était la véritable ligne de démarcation qui subsiste encore dans tout le Digeste, mais qui s'efface rapidement dans la législation du Code, lorsqu'on voit Constantin (*C.* 21, *de legat.*) admettre les équivalens pour remplacer les paroles consacrées, et Justinien (*C.* 1, *commun. de legat.*) ramener les quatre espèces de legs à une seule. Dès lors le fidéicommis n'étant plus distingué du legs *per damnationem*, et ce dernier ne différant plus des autres legs, on aurait été souvent fort embarrassé de séparer un legs d'un fidéicommis. C'est là ce qui détermina Justinien à confondre leurs effets, en attachant au fidéicommis les mêmes actions qu'aux legs, et en déclarant que toute disposition où la volonté du défunt serait clairement manifestée vaudrait à la fois comme legs et comme fidéicommis, afin de mieux favoriser cette volonté, quel que fût d'ailleurs le titre dont le défunt lui-même aurait qualifié sa disposition (1).

PR.

780. On peut donner par fidéicommis, soit des objets particuliers, soit même des universalités de droits et d'actions, par exemple, lorsqu'on charge son héritier de remettre à d'autres personnes tout ou partie de l'hérédité qui lui serait acquise. Cette dernière espèce de fidéicommis est la seule dont s'occupe notre titre; les fidéicommis d'objets particuliers seront expliqués au titre suivant.

§ II.

781. L'héritier peut être chargé de restituer au fidéicommissaire toute l'hérédité, ou seulement une quote-part de l'hérédité; et le fidéicommis qui l'oblige à cette restitution peut être pur et simple, à terme ou conditionnel, suivant la volonté du défunt. Ces différentes propositions de notre texte ne souffrent aucun doute. (V. § 9, *de pupil. subst.*)

Il est également indubitable qu'il n'existe point de testament sans institution d'héritiers. Ainsi, pour la validité du testament, et pour celle du fidéicommis qu'il contient, le testateur doit instituer un héritier (*text. hic*). Toutefois l'héritier testamentaire n'est pas le seul qui puisse être tenu d'une semblable restitution; l'héritier légitime

(1) *C.* 2, *commun. de legat.* Cette constitution a été rendue à l'occasion d'un mot grec, dont les uns voulaient induire un legs, et les autres un fidéicommis. Observez que dans l'ancien droit, les legs, à la différence des fidéicommis, ne pouvaient pas être faits en grec. (*Caius*, 2 *inst.* 281; *Ulp.* 25 *reg.* 9; V. § 3, *de legat.*)

peut aussi être grevé de fidéicommis par le père de famille qui décède intestat. Ainsi, lorsque notre texte exige une institution d'héritier, c'est parce qu'il s'occupe des fidéicommis à l'occasion des testamens; plus tard il parlera des fidéicommis laissés par ceux qui décèdent intestats. (V. § 10, *h. t.*)

§ III.

782. Avant d'examiner les effets de la restitution, voyons ce qu'on entend par restituer l'hérédité, et d'abord quels sont les objets auxquels s'étend l'obligation de restituer.

Ce sont tous les objets que l'héritier recueille en cette qualité, entre autres choses, tout ce qui lui a été payé par les débiteurs du défunt (*Pompon. fr.* 47; V. *Papin. fr.* 58, *ad sc. trebell.*) et tout ce dont il était lui-même débiteur (V. *Scævol. fr.* 95, *ad leg. falcid.*), sauf à déduire ce dont il était créancier. (*Julian. fr.* 104, § 7, *de legat.* 1°.)

Lorsqu'il y a plusieurs héritiers, chacun d'eux peut recueillir, à titre de legs ou de fidéicommis, des avantages absolument indépendans de sa qualité d'héritier, et qui par conséquent ne sont point compris dans la restitution de l'hérédité. (*Caius, fr.* 96, *de legat.* 3°.)

Les profits que l'héritier tire des objets héréditaires ne font point non plus partie de l'hérédité : aussi n'est-il obligé de rendre ni les fruits (*Ulp. fr.* 18, *pr. et* § 2, *ad sc. trebell.*), ni les acquisitions faites par les esclaves héréditaires (*Caius, fr.* 63, § 4, *eod.*); pourvu cependant que ces fruits aient été perçus et ces acquisitions faites après l'adition d'hérédité et avant l'époque fixée pour la restitution (*Julian. fr.* 27, § 1, *eod.*), sauf dans tous les cas la volonté contraire du défunt. (*Scævol. fr.* 78, § 12 *et* 13, *eod.*)

Toutefois il importe d'observer que, comme l'héritier n'est point tenu des cas fortuits envers le fidéicommissaire, et ne remplace point les objets qui ont péri par accident (*Ulp. fr.* 22, § 3, *ad sc. trebell.*) réciproquement les profits dont nous venons de parler sont d'abord employés à compléter l'hérédité ou la portion d'hérédité dont la restitution est ordonnée, d'après la valeur qu'elle avait à l'époque du décès; ainsi l'héritier ne retient réellement que le surplus. (V. *Marcian. fr.* 33, *eod.*; *Julian. fr.* 27, § 16, *eod.*)

783. Restituer une hérédité, ce n'est pas livrer et remettre les objets qui la composent, mais se dessaisir du droit qu'on y a comme héritier. En ce sens, la restitution s'opère par l'intention mutuelle des parties, dont le consentement suffit pour transférer au fidéicommissaire la propriété des objets héréditaires, lors même qu'ils ne sont pas encore en sa possession. (*Caius, fr.* 63, *ad. sc. trebell.*; *Ulp. fr.* 37, *eod.*)

784. Après et malgré la restitution, l'héritier reste toujours héritier; le fidéicommissaire, sans être jamais héritier proprement dit, était assimilé tantôt à l'héritier, tantôt à un légataire (*aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur*), c'est-à-dire à un légataire partiaire. (V. § 5, *h. t.*; 776.)

§ IV.

785. Quiconque devient héritier, le devient pour toujours. (V. *Ulp. fr.* 7, § 10, *de minor.*; *Caius, fr.* 88, § 1, *de hered. inst.*) En conséquence, l'héritier restituant restait exposé aux actions des créanciers et légataires qui n'avaient point encore été satisfaits; et réciproquement, lui seul agissait contre les débiteurs qui n'avaient point encore payé. Il arrivait de là que les héritiers, chargés de restituer l'hérédité, refusaient souvent de l'accepter, et leur refus annulait tout le testament : pour remédier à cet inconvénient, le Sc. Trébellien (1), sans ôter au restituant la qualité d'héritier, transféra tous les effets de cette qualité sur la personne du fidéicommissaire à qui l'hérédité aurait été restituée.

En conséquence, toutes les actions héréditaires, qui, d'après le droit civil (*jure civili*), c'est-à-dire d'après les anciens principes, ne pouvaient être intentées que par l'héritier et contre lui, durent être intentées à compter du moment de la restitution, par le fidéicommissaire et contre lui, *quasi heredi et in heredem.*

786. C'est ainsi que depuis le Sc. Trébellien, le fidéicommissaire fut assimilé à

(1) Le sénatus-consulte Trébellien a été porté sous le règne de Néron, l'an de Rome 815, et, ce qui est à remarquer, sous le consulat de Sénèque. (V. *text. hic.*)

l'héritier, dont il prenait la place. Aussi les actions héréditaires que le préteur donnait en vertu de ce sénatus-consulte, reposant, à l'égard du fidéicommissaire, sur une qualité fictive, se distinguaient sous le titre d'actions utiles (*utiles actiones dare cœpit*), des actions directes qui ne pouvaient compéter qu'à l'héritier ou contre l'héritier proprement dit (1). C'est toujours à lui ou contre lui qu'elles compétaient, sauf l'exception *restitutæ hereditatis*, qui, en vertu du Sc. Trébellien, rendaient inefficaces toutes les actions intentées par celui ou contre celui qui aurait restitué l'hérédité. (*Julian. fr.* 27, § 7, *ad sc. trebell.*) Au moyen de cette exception, l'héritier restituant n'avait plus aucuns risques à courir, *quia huic qui restituit securitas datur* (§ 6, *h. t.*).

§ V.

787. Le Sc. Trébellien, en mettant le fidéicommissaire au lieu et place de l'héritier, n'accordait à ce dernier aucun avantage particulier; il était garanti de tous les risques, mais il n'avait d'autres bénéfices que ceux qui lui étaient réservés par les dispositions mêmes du défunt: en un mot l'héritier se trouvait, par rapport au fidéicommissaire, dans la même position où il se trouvait, avant la loi Falcidie, par rapport aux légataires. On crut devoir lui réserver, sur les fidéicommis, une rétention semblable à celle que la loi Falcidie avait établie sur les legs (*perinde... atque ex lege Falcidia, etc.*). Tel fut le premier objet du Sc. Pégasien (2), qui autorisa la rétention du quart sur tous les fidéicommis, soit d'universalité, soit d'objets particuliers (3).

Toutefois, il faut bien remarquer que ce sénatus-consulte, en accordant aux héritiers la rétention du quart, laissait reposer sur leur tête toutes les conséquences du titre d'héritier, c'est-à-dire toutes les charges héréditaires, et l'exercice de toutes les actions actives. Le fidéicommissaire n'était plus dans ce cas assimilé à un héritier, mais seulement à un légataire partiaire (*legatarii partiarii loco erat*); et comme tel il demeurait étranger aux débiteurs comme aux créanciers du défunt.

788. De là, nécessité pour l'héritier et pour le fidéicommissaire de se tenir mutuellement compte des charges et bénéfices héréditaires, en raison de leurs part et portion respectives. A cet effet, ils s'obligeaient l'un envers l'autre par les stipulations usitées entre l'héritier et le légataire partiaire (*text. hic*; *Caius*, 2 *inst.* 254), c'est-à-dire, ainsi que nous l'avons déjà vu (776), par les stipulations nommées *partis et pro parte*. (V. *Ulp.* 25, *reg.* 15.)

§ VI.

789. Le Sc. Pégasien, quoique postérieur au Sc. Trébellien, ne l'avait point abrogé: l'un et l'autre s'appliquaient à des circonstances différentes; ainsi la restitution de l'hérédité se faisait, tantôt d'après les règles et avec les conséquences déterminées par le Sc. Trébellien, tantôt d'après les règles et avec les effets déterminés par le Sc. Pégasien.

La distinction, à cet égard, dépendait de l'importance même des fidéicommis, et de la proportion existante entre leur valeur et celle de l'hérédité. Lorsque la première n'excédait pas les trois quarts de la seconde, la restitution se faisait en vertu du Sc. Trébellien; dans le cas contraire, d'après le Sc. Pégasien: ainsi par cela seul que les dispositions du testateur se trouvaient susceptibles de subir la réduction établie par ce dernier sénatus-consulte, le premier restait sans application, quand même l'héritier n'aurait pas voulu profiter de la réduction à laquelle il avait

(1) *Voyez* ce que nous avons dit précédemment (384) sur les actions directes et utiles. (*Caius*, 4 *inst.* 34.)

(2) Porté en 829, pendant le règne de Vespasien, sous le consulat de Pégase et de Pusion (*text. hic*).

(3) *Ex singulis quoque rebus, etc.* (*text. hic*; *Caius*, 2 *inst.* 254). Il semble difficile d'admettre la manière dont Vinnius (*hic* nº 4; *ad pr.*, *de leg. falcid.*, nº 8) explique ce passage, pour soutenir que le Sc. Pégasien n'a établi la réduction du quart que sur les fidéicommis d'universalités, et qu'auparavant elle avait déjà lieu sur les fidéicommis d'objets particuliers, par suite de l'extension que l'interprétation des prudens aurait donnée à la loi Falcidie. Cette loi ne se bornait pas sans doute aux legs d'objets particuliers; elle embrassait aussi les legs partiaires. Si les prudens l'avaient étendue aux fidéicommis, ils auraient appliqué à tous les fidéicommis ce qu'elle décidait pour tous les legs. En effet, il y a plus de différence entre un legs et un fidéicommis qu'entre un fidéicommis et un autre. Je crois donc devoir m'en tenir, malgré Vinnius, à l'interprétation de Cujas, que Théophile confirme,

droit (*text. hic ;* V. *Ulp.* 25 *reg.* 14 ; *Caius*, 2 *inst.* 255, 256 ; *Voyez* ci-après 791).

Il pouvait donc arriver que l'héritier, pour se conformer à la volonté du testateur, restituât toute l'hérédité sans rien retenir, et que néanmoins les actions actives ou passives du défunt restassent attachées à sa personne. Dans cette position, il est toujours nécessaire que l'héritier tienne compte de tous les bénéfices qu'il ferait en cette qualité, et réciproquement qu'il soit indemnisé de toutes les condamnations qu'il subirait au même titre. A cette fin, l'héritier et le fidéicommissaire s'obligeaient encore par des stipulations réciproques, non plus en raison de leurs part et portion respectives, mais pour la totalité de l'hérédité restituée sans aucune déduction. Aussi les stipulations *partis et pro parte* étaient remplacées dans ce cas par les stipulations dites *emptæ et venditæ hereditatis* (*text. hic*).

790. Pour mieux entendre cette distinction, il faut remonter à l'usage existant avant que le fidéicommissaire fût assimilé au légataire partiaire par le Sc. Pégasien, et à l'héritier par le Sc. Trébellien. L'héritier restituait l'hérédité au fidéicommissaire en la lui vendant pour un prix fictif; alors celui-ci n'était considéré ni comme héritier, ni comme légataire, mais comme acheteur de l'hérédité. (*Caius*, 2 *inst.* 252.) Celui qui vend une hérédité ne se dépouille pas des droits et du titre d'héritier ; il ne cède que les avantages et les charges résultans de ce titre. L'héritier vendeur n'en reste pas moins seul maître des actions actives, sauf le compte qu'il en doit tenir à l'acheteur, et seul exposé aux actions passives, sauf son recours contre ce même acheteur. Ce compte et ce recours étaient ordinairement assurés par les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* (1), qui continuèrent d'être employées pour la restitution totale de l'hérédité, du moins lorsqu'elle était réglée par le Sc. Pégasien.

791. Je dis lorsqu'elle était réglée par le Sc. Pégasien ; car, bien qu'il fît règle générale pour tous les cas où le fidéicommis excédait les trois quarts de l'hérédité, cependant l'héritier qui ne voulait rien déduire aurait eu le droit de restituer d'après le Sc. Trébellien, et à ce moyen, de mettre les fidéicommissaires en son lieu et place, sans employer les stipulations dont nous avons parlé. Telle était l'opinion de Modestinus, jurisconsulte qui écrivait au troisième siècle ; et néanmoins Modestinus (*fr.* 45, *ad sc. trebel.*), hésitant dans sa propre décision, conseille à l'héritier de ne pas s'exposer aux risques d'une adition ordinaire, et de suivre, pour plus de sûreté, la marche tracée par le sénatus-consulte Pégasien.

En effet, lorsque l'institué refuse d'accepter une hérédité qu'il considère comme onéreuse (*quasi damnosam*), le Sc. Pégasien autorise le fidéicommissaire à exiger que l'institué accepte pour restituer. Alors celui-ci se porte héritier *jussu prætoris*; alors la restitution de l'héritier au fidéicommissaire, quoique faite dans un cas spécialement déterminé par le Sc. Pégasien, est réglée, quant à ses effets, par le Sc. Trébellien (*text. hic.*; *Caius* 2 *inst.* 258; *Paul.* 4 *sent.* 4, § 4; 25 *Ulp. reg.* 16.) Ainsi, dans ce cas, les deux sénatus-consultes se confondent (*text. in fin.*), et la seul innovation qu'apporte ce dernier consiste dans l'adition à laquelle l'institué peut être contraint dans l'intérêt des fidéicommissaires dont sa répudiation anéantirait tous les droits. (V. *Ulp. fr.* 4, *ad sc. trebel.*)

En effet, l'héritier qui accepte *jussu prætoris*, ne recueille aucun avantage de son adition ; il perd les legs et les fidéicommis que le défunt aurait faits en sa faveur (*Julian. fr.* 27, § 14; *Papin. fr.* 55, § 3, *eod.*), et à plus forte raison le droit de rien retenir sur l'hérédité qu'il restitue. (*Hermog. fr.* 14, § 4, *eod.*) Aussi notre texte, lorsqu'il parle de la quarte que l'héritier peut déduire ou ne pas déduire, restreint expressément cette faculté à l'héritier qui aurait volontairement accepté (*si modo sua voluntate adierit*).

792. En résumant les explications pré-

(1) Voy. *Caius*, 2 *inst.* 252 ; et *Pothier, pand. just.* *XVIII, IV*, 3. L'acheteur de l'hérédité est tenu des charges envers les héritiers, et jamais envers les créanciers. (*Anton. C.* 2, *de her. vel act. vend.*) Cependant Antonin-le-Pieux lui a permis d'agir par actions *utiles* contre les débiteurs (*Anton. C.* 5, *eod.*) ; et, réciproquement, ceux-ci peuvent repousser, par voie d'exception, les actions directes que l'héritier exercerait contre eux. (*Ulp. fr.* 16, *de pact.*) Cette précaution était nécessaire pour garantir l'acheteur des risques qu'il aurait pu courir par l'insolvabilité ou la mauvaise foi du vendeur.

cédentes, on peut apercevoir les différentes qualités qu'attribuait au fidéicommissaire la restitution de l'hérédité. Jusqu'au règne de Néron, cette restitution se fit par une vente fictive : l'héritier et le fidéicommissaire étaient considérés, l'un comme vendeur, l'autre comme acheteur de l'hérédité, et en cette qualité ils se donnaient une garantie respective par les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* (*Caius* 2 *inst.* 252). Depuis Néron jusqu'à Vespasien, le Sc. Trébellien régla seul les effets de la restitution ; les actions actives et passives passaient au fidéicommissaire, qui était assimilé à l'héritier dont il prenait la place, et l'on n'avait besoin d'aucune stipulation (*Caius*, 2 *inst.* 253). Sous le règne de Vespasien, un nouveau sénatus-consulte restreignit l'application du précédent. Depuis cette époque, le fidéicommissaire continua d'être assimilé à l'héritier, conformément au Sc. Trébellien, lorsque les fidéicommis n'excédaient pas les trois quarts de l'hérédité (*Ulp.* 25 *reg.* 14 ; *text. hic*), ou lorsque l'institué, ne voulant point appréhender l'hérédité pour lui-même, l'acceptait *jussu prætoris*, aux risques et périls du fidéicommissaire (*text.*, *hic in fin.*; *Paul.* 4 *sent.* 4, § 4). Mais celui-ci cessait d'être assimilé à l'héritier, lorsque la restitution était réglée par le Sc. Pégasien, c'est-à-dire lorsque l'hérédité, dont les fidéicommis absorbaient plus des trois quarts, ayant été volontairement acceptée par l'institué, celui-ci la restituait en retenant ou même sans retenir la quarte Pégasienne ; et alors, suivant que la restitution Pégasienne était partielle ou totale, le fidéicommissaire était considéré comme légataire partiaire ou comme acheteur de l'hérédité : ce qui donna lieu de recourir aux stipulations *partis et pro parte*, ou *emptæ et venditæ hereditatis*.

§ VII.

793. Le Sc. Trébellien les avait rendues inutiles ; l'usage en avait été rétabli par suite du Sc. Pégasien, dans le cas où la restitution de l'hérédité ne transférait pas les actions héréditaires (V. *Caius*, 2 *inst.* 253, 254), et sous ce rapport Justinien dit avec raison que ces stipulations dérivaient du Sc. Pégasien (*ex Pegasiano senatus consulto descendentes*). Il en résultait une complication dont l'inconvénient avait été senti par les anciens ; Papinien lui-même les avait déclarées dangereuses (*certis casibus captiosas*), en ce sens qu'elles ne suffisaient pas toujours pour assurer l'efficacité du recours qu'elles établissaient entre l'héritier et le fidéicommissaire. En effet, dans le circuit d'actions et de comptes respectifs qui résultaient de ces stipulations, chaque cumptable avait à craindre l'insolvabilité de l'autre. Il fallait donc mille précautions pour obtenir, lors de la restitution, les sûretés qu'on ne pouvait plus exiger après coup. (*Anton. C.* 2, *de hered. vel act. vend.*) Voyez cependant *Pompon. fr.* 21, *ad sc. trebell.*)

Pour éviter ces inconvéniens, pour attribuer à la restitution un effet plus général, plus sûr et plus simple, Justinien réunit les deux Sc. Trébellien et Pégasien en un seul. Le dernier est abrogé, en ce sens que la restitution sera toujours réglée par le Sc. Trébellien, et les actions transférées au fidéicommissaire, soit que l'hérédité ait été forcément ou volontairement acceptée par l'institué, et lors même qu'il profiterait de la réduction autorisée dans ce dernier cas par le Sc. Pégasien ; car ce sénatus-consulte, sauf les effets de la restitution, subsiste tout entier dans les dispositions dont Justinien compose, pour ainsi dire, un nouveau Sc. Trébellien. (V. *text. hic.*)

794. Antérieurement, l'héritier qui restituait d'après le Sc. Trébellien n'avait jamais rien à retenir ; celui qui restituait d'après le Sc. Pégasien ne pouvait pas ignorer que les fidéicommis excédassent les trois quarts de l'hérédité : par conséquent, lorsqu'il restituait sans rien déduire, c'était toujours sciemment. Aussi ne lui accordait-on aucune répétition (*Paul.* 4 *sent.* 3, § 4), si ce n'est pour erreur de calcul. (*Ulp. fr.* 5, § 15, *de donat. inter vir.*; V. *Val. fr.* 68, § 1, *ad sc. trebell.*) Sous Justinien, au contraire, la restitution se fait toujours de la même manière : l'héritier qui la fait peut donc ignorer si les fidéicommis excèdent ou n'excèdent pas les trois quarts de l'hérédité, et dans ce cas son erreur doit autoriser la répétition de ce que le fidéicommissaire aurait indûment reçu (V. § 6, *de oblig. quasi ex contr.*) ; en effet, l'empereur permet de retenir et même de répéter (*retinere vel repetere solutum*) la quarte dont le Sc. Pégasien

n'autorisait pas la répétition, et dont le Sc. Trébellien n'admettait pas même la rétention. (*Paul.*, 4 *sent.* 3, § 4, *et ibi Cujac.*)

795. Le quart que l'héritier déduit d'après une disposition du Sc. Pégasien, combinée depuis avec celle du Sc. Trébellien, se nomme ordinairement quarte trébellienne ou pégasienne; mais les anciens jurisconsultes l'ont toujours considéré comme une conséquence de la loi Falcidie (*ex lege Falcidia*, § 3, *quib. mod. test.*; V. § 5, *h. t.*; *Paul.* 4 *sent.* 3, § 3; *Ulp.* 25 *reg.* 14), sans lui chercher dans les sénatus-consultes postérieurs un nom et un caractère particuliers. Il est donc naturel de considérer comme décidé sur ces derniers tout ce que les jurisconsultes et Justinien lui-même ont décidé sur la loi Falcidie : ainsi nous appliquerons ici tout ce qu'on a dit précédemment pour les cas où la réduction n'a pas lieu (773) et pour ce qui doit être imputé sur la quarte (771). En effet, l'héritier doit imputer tout ce dont il profite en cette qualité (*jure hereditario*, *Marcian. fr.* 91, *ad leg. falcid.*), ce qui comprend les fruits perçus jusqu'à la restitution de l'hérédité fidéicommissaire. On les impute sur la quarte, lorsque le fidéicommis est fait à terme, parce que le bénéfice de ce terme résulte pour l'héritier des dispositions du testateur, et non pas de la négligence du fidéicommissaire. (*Ulp. fr.* 22, § 2, *ad sc. trebell.*)

§ IX.

796. Malgré la réunion des Sc. Trébellien et Pégasien, la question que décide notre texte se réfère au droit antérieur : en effet, pour décider lequel de ces deux sénatus-consultes devait régler la restitution de l'hérédité, on examine si les dispositions du testateur laissent à l'héritier le quart de l'hérédité; dans ce cas la restitution était réglée par le Sc. Trébellien (§ 6, *h. t.*). Ici l'on suppose qu'au lieu d'un quart dans l'universalité du droit d'hérédité, le testateur réserve à l'héritier une valeur équivalente, et le charge de restituer toute l'hérédité, en retenant un ou plusieurs objets déterminés, par exemple, un fonds ou une somme (*quæ quartam continet*) égalant en valeur le quart de l'hérédité. Dans ce cas, on décide que l'héritier restituera d'après le Sc. Trébellien, comme s'il était autorisé à retenir le quart de l'hérédité (*text. hic*; V. *Ulp. fr.* 1, § 16, *ad sc. trebell.*).

Ainsi, dans l'un et l'autre cas, le fidéicommissaire était *loco heredis*, et les actions héréditaires passaient sur sa tête; mais toutefois avec cette différence que, dans un cas, elles lui étaient transférées pour la totalité (*in solidum*), tandis que dans l'autre elles se divisaient entre lui et l'héritier (*scinduntur actiones*). En effet, les actions transférées par le Sc. Trébellien le sont toujours en raison des portions d'hérédité que l'héritier restitue, et pour le tout lorsqu'il restitue toute l'hérédité. Or l'hérédité peut être entière, sans comprendre tous les biens du défunt; car les biens légués, par exemple, sont hors de l'hérédité; et pour savoir si l'hérédité est restituée en totalité, on examine moins ce que l'hérédité retient que le titre auquel il retient. (V. *Marcian. fr.* 30, § 3, *ad sc. trebell.*) Ce qu'il retient en qualité d'héritier, comme faisant partie de l'hérédité, ne laisse à restituer qu'une fraction de cette même hérédité, et alors les actions héréditaires se divisent entre lui et le fidéicommissaire comme entre deux cohéritiers. C'est ce qui arrive lorsque l'institué doit restituer *quarta parte retenta*. Mais lorsqu'on l'autorise à retenir un ou plusieurs objets déterminés, ce qu'il conserve n'est plus alors considéré que comme un legs (*quasi ex legato ei adquisita*), qui ne lui impose aucune obligation (*sine ullo onere hereditario*), et qui, n'étant pas compris dans l'hérédité, n'empêche pas celle-ci de passer en totalité au fidéicommissaire, avec toutes les actions actives et passives.

797. Ceci est vrai, quelle que soit la valeur des objets que l'institué retient. Cette valeur pourrait excéder de beaucoup ce qui reste dans l'hérédité, et alors c'est au fidéicommissaire à délibérer s'il doit accepter ou refuser la restitution (*text. hic*). Dans le cas contraire, si l'objet que retient l'héritier n'équivaut pas à la portion que lui accorde le Sc. Pégasien, il peut obtenir un supplément (*suppleta quarta ex lege Falcidia*, § 3, *quib. mod. test.*); mais alors évidemment la restitution doit être réglée par le Sc. Pégasien.

§ VIII.

798. Ce qu'on a dit pour un héritier qui serait seul institué s'applique également à chacun de ceux qui ne recueilleraient qu'une portion de l'hérédité (*text. hic*; § 9 *in fin.*, *h. t.*). Le même principe a déjà été développé au titre précédent (§ 1, *de leg. falcid.*).

§ X.

799. Mourir intestat, ou sans testament, ce n'est pas toujours mourir sans manifester une dernière volonté; car s'il faut un testament pour l'institution d'héritier, on peut sans testament (*intestatus moriturus*) charger ses héritiers légitimes de restituer, à un ou plusieurs fidéicommissaires, des objets particuliers et même tout ou partie de l'hérédité (*text. hic*; § 2, *de codicil.*). C'est ainsi que souvent la volonté du défunt, lorsqu'elle ne peut valoir comme institution ni déférer directement l'hérédité, arrive indirectement au même but, sauf la quarte qui peut être déduite par tout héritier, soit testamentaire, soit légitime. En effet, cette déduction, autorisée par le Sc. Pégasien, ne l'était d'abord qu'en faveur des institués (V. § 5, *h. t.*); mais sous le règne de Dioclétien et de Maximien (*C.* 5, *ad. sc. trebell.*), les héritiers légitimes jouissaient déjà des mêmes avantages, et avec raison; car si l'on craignait de rester sans héritier testamentaire, on devait craindre plus fortement encore de rester sans aucun héritier. Les personnes que la loi appelle à l'hérédité pouvant la répudier comme ceux que le testateur institue, l'adition des uns et des autres doit être favorisée par les mêmes moyens.

800. Les fidéicommis laissés *ab intestat* paraissent démentir un principe constant, celui que nul ne peut être chargé de rien restituer en sus de ce qu'il a reçu (§ 1, *de sing. reb.*; *Ulp. fr.* 1, § 17, *ad sc. trebell.*): en effet, les héritiers légitimes semblent tout recevoir de la loi et rien du défunt; mais il faut remarquer que ce dernier, en leur laissant l'hérédité, les préfère à toute autre personne qu'il pourrait instituer; c'est une volonté réelle, quoique tacite, qui les rend héritiers. (*Paul. fr.* 8, § 1, *de jur. codicil.*) Ils peuvent donc être chargés de restituer l'hérédité que le défunt leur laisse, pourvu toutefois qu'il la leur laisse volontairement. Aussi les intestats ne disposent-ils valablement par fidéicommis qu'autant qu'ils auraient été capables de tester. (*Ulp.* 25 *reg.* 4; *Julian. fr.* 3, *de jur. codicil.*)

801. Les legs, à la différence des fidéicommis, n'existent jamais sans testament (*nisi ex testamento non valeant*). Cependant ils peuvent être faits dans un codicille, pourvu que ce codicille soit lui-même confirmé par un testament. (*Caius*, 2 *inst.* 270; *Ulp.* 25 *reg.* 8; V. 814.)

§ XI et XII.

Il existe encore une autre différence quant aux personnes qui peuvent être chargées soit d'un legs, soit d'un fidéicommis. La charge des legs ne peut tomber que sur l'héritier (686), mais on peut grever d'un fidéicommis tous ceux à qui l'on ferait un avantage quelconque, comme un héritier, un légataire et même un fidéicommissaire (*pr. et* § 1, *de sing. et reb.*).

802. Nous aurons l'exemple d'un fidéicommis imposé à un fidéicommissaire, si l'on suppose, comme notre texte (§ 11, *h. t.*), que celui à qui l'hérédité est restituée serait lui-même chargé d'une semblable restitution envers un second fidéicommissaire. L'hérédité peut ainsi se transmettre par plusieurs restitutions successives, mais sans éprouver chaque fois une nouvelle réduction du quart. Cette réduction, n'ayant pour but que d'assurer un héritier au défunt, ne peut être faite que par celui qui pouvait accepter ou rejeter cette qualité, et qui, en l'acceptant, la prend une fois pour toutes. Ainsi l'héritier seul peut retenir la quarte; et lors même qu'il ne l'a point retenue, par exemple, lorsqu'il a restitué l'hérédité acceptée *jussu prætoris* aux risques et périls du fidéicommissaire, ce dernier, en la restituant lui-même à un autre, ne peut rien retenir de son chef. (*Papin. fr.* 55, § 2, *ad sc. trebell.*; *Afric. fr.* 28, *eod.*)

Néanmoins, dans ce cas, la quarte Falcidie, que l'héritier aurait pu retenir sur les legs s'il avait accepté spontanément, pourra être déduite par le fidéicommissaire (*Caius*, *fr.* 63, § 11, *eod.*); et c'est avec raison qu'on l'a décidé, puisque le fidéicommissaire n'est tenu des legs qu'au nom et du chef de l'héritier. Il n'en est pas de même pour les fidéicommis dont le fidéi-

commissaire serait chargé *proprio nomine*. (*Papin. d. fr.* 55, § 2, *eod.*)

Nous joindrons l'explication du § 12 à celle du § 3 *de sing. reb.*, au titre suivant (810).

TITRE XXIV.

DES OBJETS PARTICULIERS LAISSÉS PAR FIDÉICOMMIS.

PR.

803. Celui qui par fidéicommis peut disposer d'une hérédité, peut à plus forte raison disposer d'un objet spécial. Nous avons expliqué précédemment (801) la différence qui existe entre les legs et les fidéicommis, relativement aux personnes qui peuvent être chargées soit des uns, soit des autres. Observons que cette différence et celle que nous avons signalée en même temps sont maintenues par Justinien (§ 10, *cod.*; *text. hic*), malgré l'assimilation des legs aux fidéicommis (§ 3, *de legat.*). Ainsi les dispositions faites par un intestat, ou celles qui ne seraient point à la charge de l'héritier, ne constitueront pas de véritables legs, mais des fidéicommis, et leur effet, comme tels, sera souvent le même que celui des legs. Cependant il est encore des cas où les résultats ne sont pas identiques : nous en verrons la preuve en expliquant le § 2, *h. t.*

§ I.

804. On pouvait disposer par fidéicommis des mêmes objets que l'on aurait pu léguer *per damnationem* (*Ulp.* 25 *reg.* 5); il faut donc appliquer ici ce que nous avons dit précédemment au § 4 *de legat.* Nous ferons seulement observer que l'on peut être chargé par fidéicommis de remettre une chose différente de celle que l'on aurait soi-même reçue par un legs ou par un premier fidéicommis (*text. hic*; § 11, *de fideic. hered.*), pourvu que l'on ne soit pas chargé de remettre plus que l'un n'a reçu, car le fidéicommis serait inutile pour l'excédant (*quod amplius est inutiliter relinquitur*). Néanmoins lorsque je reçois un objet quelconque à la charge de restituer une chose qui m'appartient, par exemple ma maison, je dois la remettre quelle qu'en soit la valeur. (*Papin. fr.* 70, § 1, *de legat.* 2°.) Pour m'en dispenser, il faudrait n'avoir rien accepté : car en recevant ce que le défunt me donne, j'acquiesce aux charges qu'il impose, et dans ce cas je suis censé ne pas évaluer ma propre chose plus cher que celle par moi reçue (§ 2, *h. t.*; *Ulp. fr.* 45, *pr. et* § 1, *de fideic. liber.*; V. 807.).

§ II.

805. On peut affranchir les esclaves par acte de dernière volonté (§ 1, *de liber.*); on peut aussi, sans leur conférer directement la liberté, charger son héritier ou tout autre personne de les affranchir. Dans le premier cas, la liberté résulte pour l'esclave du testament même (*velut ex suo testamento*); il devient *sui juris* sans autre affranchissement; il a toujours pour patron le testateur (*ipsius testatoris libertus fit*), c'est-à-dire un homme décédé, et de là vient qu'on l'appelle LIBERTUS ORCINUS (*text. hic*; *Ulp.* 2 *reg.* 7 et 8; *fr.* 3, § 3, *de legit. tut.*). Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le défunt, sans donner lui-même la liberté, a voulu la faire donner par un autre, le testament n'affranchit pas les esclaves; il ordonne seulement de les affranchir; ils ne sont pas libres quoiqu'ils aient droit de le devenir par une manumission subséquente : aussi ont-ils pour patron, non pas le défunt, mais celui qui les affranchit (*text. hic*; *Ulp.* 2 *reg.* 8.). Dans le premier cas, il y a manumission ou liberté directe; dans le second, la liberté dont le défunt a voulu gratifier l'esclave ne lui est acquise qu'indirectement par le fait d'une tierce personne. C'est en ce sens que la liberté peut faire l'objet d'un fidéicommis (*text. hic*; *Ulp.* 25, *reg.* 18).

806. Affranchir un esclave, c'est en disposer. Aussi la liberté directe ne peut-elle être conférée par testament qu'aux esclaves dont le testateur a été propriétaire aux deux époques de la confection du testament et de la mort (*text. hic*; *Ulp.* 1 *reg.* 23; *Paul. fr.* 35, *de man. test.*; *Mæcian. fr.* 58, *eod.*) : mais la liberté fidéicommissaire peut être laissée même à l'esclave d'autrui. Dans ce dernier cas, celui qui doit exécuter le fidéicommis est obligé d'acheter l'esclave pour l'affranchir ensuite (*text. hic*; *Caius*, 2 *inst.* 264, 265) :

toutefois le maître de l'esclave n'étant point obligé de s'en dessaisir, même à juste prix, son refus empêcherait l'affranchissement, sans éteindre absolument le fidéicommis, dont l'exécution n'est que différée jusqu'au moment où l'occasion se présentera d'acheter l'esclave et de l'affranchir. Notre texte, en le décidant ainsi, confirme une décision d'Alexandre Sévère (*C.* 6, *de fideic. libert.*), qui contredit ouvertement celle de Caïus (2 *inst.* 262, 265) et d'Ulpien (2 *reg.* 11) : ces deux jurisconsultes déclaraient le fidéicommis définitivement éteint par cela seul que le maître aurait refusé de céder son esclave.

807. Lorsque nous supposons que celui-ci refuse, c'est dans l'hypothèse où il n'aurait rien reçu de l'auteur du fidéicommis : *si modo nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem, perceperit* (*text. hic.*). En effet, dans le cas contraire, on ne peut opposer aucun obstacle à l'exécution d'une volonté dont on a soi-même accueilli les dispositions (V. § 4, *de inoff. text.*); pour conserver à cet égard une entière indépendance, il faudrait que le maître de l'esclave n'eût rien accepté de ce que le défunt aurait pu lui laisser. (*Paul. fr.* 5, § 4, *de his quæ ut indig.*, *Mæcian. fr.* 35, *de fideic. libert.*; *Ulp. fr.* 24, § 12 *et* 13, *eod.*; V. 804.)

808. L'assimilation des legs aux fidéicommis (§ 3, *de legat.*) n'a point effacé, dans la législation justinienne, la distinction des affranchissemens directs et fidéicommissaires, parce que la différence de leurs effets vient de celle qui existe dans l'intention du défunt. Cependant ici, comme dans tous les autres cas, la constitution par laquelle Justinien assimile les fidéicommis et les legs doit recevoir son application en ce sens que la liberté léguée directement à l'esclave, qui ne peut la recevoir qu'indirectement, lui profitera sinon comme legs, au moins comme fidéicommis. Il me semble que c'est un point dont on ne peut plus douter après la constitution de Justinien, surtout lorsqu'on observe que souvent les anciens jurisconsultes le décidaient ainsi pour favoriser la liberté contre la rigueur du droit. Voyez Ulpien (*fr.* 24, § 10, *de fideic. liber.*; *fr.* 10, § 4, *de testam. tut.*), Valérins et Gallien (*fr.* 9, *de fideic. libert.*). Voyez aussi ce que nous avons dit précédemment (219) sur le § 1, *qui test. tut. dar. poss.*

§ III.

809. Notre texte indique ici, d'après Caïus (2 *inst.* 249) et par forme d'exemple, les termes dont on se sert le plus ordinairement (*quæ maxime in usu habentur*) lorsqu'on dispose par fidéicommis. Dans le nombre, il en est un (*volo*) qui indique une volonté absolue, tandis que les autres (*peto*, *rogo*, *mando*, *fidei tuæ committo*) expriment simplement un désir ou une prière. On peut observer la même différence dans Ulpien (25 *reg.* 2), et surtout dans Paul (4 *sent.* 1, § 5 *et* 6). Ce dernier nous apprend que l'on dispose par fidéicommis lorsqu'on veut (*volo*), et même lorsqu'on enjoint (*injungo*) ou que l'on commande (*impero*). Cependant Ulpien (24 *reg.* 1; 25 *ibid.* 1) range dans la classe des legs toutes les dispositions conçues en termes impératifs (*imperative*) par opposition à celles qui, faites précativement (*precativo modo*, *precative*), constituent les fidéicommis. Cette définition ne laisse aucun doute pour le cas où le défunt aura employé les mots *precor*, *rogo*, *cupio*, et autres semblables : évidemment, il aura fait un fidéicommis ; mais lorsqu'il aura dit *volo*, *injungo*, *impero*, il paraîtra difficile de trouver des expressions moins précatives ou plus impératives ; et l'on aura peut-être quelque peine à distinguer les legs et les fidéicommis. A cet égard il faut observer que, d'après Ulpien lui-même, les legs se font toujours *legis modo* et *verbis civilibus*, c'est-à-dire par des formules spéciales : ces formules sont doublement impératives, et par la volonté qu'elles expriment, et par la conjugaison du verbe. Ainsi, tandis que dans le fidéicommis le disposant parle toujours à l'indicatif (*peto*, *volo*, *fidei tuæ committo*, *etc.*), le mode impératif (*damnas esto*, *sinito*, *præsumito*, *etc.*) est seul usité dans les différens legs PER DAMNATIONEM, SINENDI MODO ou PER PRÆCEPTIONEM ; ces derniers seront donc toujours faciles à distinguer des fidéicommis (1).

(1) Dans l'institution d'héritier, le testateur parle également au mode impératif ILLE HERES ESTO (*pr.*, *de vulg. subst.*). TITIUS HERES ESTO (*pr.*, *de pupil. subst.*) Il n'aurait pas suffi de dire HEREDEM INSTI-

Quant au legs PER VINDICATIONEM, il est vrai que le testateur y parle quelquefois au mode indicatif (*do, lego*), mais c'est pour déclarer qu'il transfère directement la propriété : sous ce rapport, on ne peut donc pas confondre un legs où le défunt agit par lui-même, avec un fidéicommis dont l'exécution est toujours remise à un intermédiaire.

810. Du reste, les expressions dont on se servait le plus ordinairement dans les fidéicommis n'avaient rien de spécial ou de solennel. Il suffisait que le défunt manifestât sa volonté (1), ne fût-ce que par un signe, *nutu*, dit Ulpien (25 *reg.* 3; *Diocl. et Max. C.* 22, *de fideic.*). Justinien voulut aussi qu'ils pussent être faits par écrit ou verbalement, mais toutefois en présence de cinq témoins (817). Cependant, malgré l'absence des témoins, l'intention du défunt produit encore son effet lorsque le fidéicommissaire veut s'en rapporter, sur l'existence des fidéicommis, au serment de ceux qu'il prétend chargés de leur exécution. En conséquence il peut demander que ceux-ci jurent n'avoir été grevés de rien par le défunt (§ 12, *de fideic. hered.*; *Justin. fr.* 32, *de fideic.*) : celui à qui ce serment est demandé, n'ayant aucune raison pour ne pas jurer, semblerait avouer par son refus les faits allégués, et alors il doit être condamné, *ne depereat ultima voluntas* (*d.* § 12, *eod.*).

Le serment est souvent déféré dans beaucoup d'autres contestations, ainsi que nous le verrons plus tard (§ 11, *de action.*; § 4, *de except.*); mais il faut observer qu'ordinairement ce genre de preuve n'est pas admis pour les actes de dernière volonté, parce qu'il serait inutile de prouver une intention qui, dépouillée des solennités requises, ne serait point obligatoire. S'il en est autrement ici, c'est par une exception spéciale qui empêche le grevé de recourir *ad legis subtilitatem* (*d* § 12, *de fideic. hered.*), c'est-à-dire de se retrancher sur l'inobservation des formes pour se dispenser d'exécuter un fidéicommis avoué (2). Il peut seulement exiger des fidéicommissaires un serment préalable; en effet, ces derniers doivent jurer qu'ils agissent de bonne foi, persuadés de la vérité de ce qu'ils avancent, et non pas uniquement pour susciter une chicane au défendeur. C'est ce que Justinien (*d.* § 12) appelle *de calumnia jurare*. (V. § 1, *de pœn. tem. litig.*)

Si les prétendus fidéicommissaires ne veulent pas s'en rapporter au serment du grevé, ils ne peuvent exiger le fidéicommis qu'autant que la disposition aurait été revêtue de toutes les formes légales. (*Just. d. C.* 32, *de fideic.*)

TITRE XXV.

DES CODICILLES.

PR.

811. On voit ici, dans le texte, l'origine commune des codicilles et des fidéicommis, et l'on aperçoit que Lentulus, en exprimant ses dernières volontés dans un acte jusqu'alors insolite, et par conséquent non obligatoire, a dû solliciter, en termes précatifs, ce qu'il ne pouvait pas légalement exiger. Cela prouve, comme nous l'avons dit plus haut, que la forme précative des fidéicommis tient à leur inefficacité sentie et avouée par le disposant, quoique l'usage ait conservé cette forme même après que les codicilles et les fidéicommis furent devenus obligatoires.

§ II.

812. Le testament, ainsi que nous l'a-

TUO, HEREDEM FACIO; cependant on instituait valablement en ces termes, HEREDEM ESSE JUBEO (*Caius*, 2 *inst.* 117; *Ulp.* 21 *reg.* 1). Le verbe JUBEO, qui ne se trouve jamais énuméré parmi les expressions usitées pour les fidéicommis, était-il donc spécialement consacré par le droit civil; l'était-il pour les legs comme pour l'institution d'héritier; avait-il la même force que DO, LEGO, la force que n'avaient point VOLO, IMPERO, INJUNGO, etc.?

(1) *Licin. Ruf. fr.* 16, *de fideic. libert.* Ainsi, par exemple, le testateur qui, dans un second testament, déclare que le précédent doit continuer de valoir, exprime une volonté d'où résulte un fidéicommis (§ 3, *quib. mod. test. infirm.*). En conséquence, l'héritier institué dans le second testament est tenu de restituer l'hérédité aux personnes instituées dans le premier (631).

(2) Soit que le défendeur ait avoué dès le principe l'existence du fidéicommis dont on le prétend chargé, soit qu'il ait d'abord commencé par le nier, comme le supposent plusieurs éditeurs en écrivant *postquam negaverit* avant *confiteatur*. Ces mots *postquam negaverit* ne sont ni dans la constitution de Justinien (*C.* 32, *de fideic.*), ni dans Théophile. Du reste, il est évident que l'aveu n'a pas moins de force dans un cas que dans l'autre. (*Vinnius, hic.*)

vons vu jusqu'à présent, est un acte de dernière volonté, qui a pour objet essentiel la disposition de l'hérédité : aussi n'est-il valable que par l'institution d'un héritier (§ 2, *de fideic. hered.*). Les codicilles sont aussi des actes de dernière volonté, mais essentiellement étrangers à l'hérédité et aux différentes manières d'en disposer : aussi ne peuvent-ils servir ni à conférer le titre d'héritier par aucune institution ou substitution (*text. hic; Papin. fr.* 10, *de jur. codicil.; Constant. C.* 7, *de codicil.*), ni à l'ôter par une exhérédation, ni à modifier par l'addition ou la suppression d'une condition, une institution testamentaire (*text. hic; Marcian fr.* 6, *de jur. codicil.*).

Toutefois ce qui vient d'être dit s'entend de l'hérédité directe ; car l'hérédité fidéicommissaire ne donne ni le titre ni les droits d'héritiers proprement dits, et conséquemment on peut, comme pour tout autre fidéicommis, la laisser par codicille (*text. hic; Caius*, 2 *inst.* 273, *Philip. C.* 2, *de codicil.*).

§ I.

813. Les codicilles peuvent exister, soit que leur auteur décède intestat ou testat ; et, dans ce dernier cas, ils peuvent précéder ou suivre le testament.

La confection d'un testament postérieur aux codicilles donne lieu de demander si, pour continuer de valoir, ces derniers doivent avoir été spécialement confirmés, ou bien s'il suffit que le testateur n'ait point changé ses précédentes dispositions. Papinien (*text. hic; fr.* 5, *de jur. codicil.*) exigeait une confirmation expresse ; mais les empereurs Sévère et Antonin n'ont pas adopté cette opinion. Ils ont décidé qu'un fidéicommis, contenu dans un codicille antérieur au testament, peut être exigé, lorsque le testateur ne s'est point écarté des intentions antérieurement exprimées dans le codicille (1).

814. Les codicilles postérieurs au testament n'ont jamais besoin d'être confirmés; cependant il arrivait souvent que le testateur confirmât par avance les codicilles qu'il voudrait faire ultérieurement (*Paul. fr.* 8, *de jur. codicil.; Cels. fr.* 18, *eod; Diocl. et Max. C.* 6, *h. t.*) ; c'est en ce sens que Justinien, parlant ci-dessus des codicilles écrits par Lentulus en Afrique, dit qu'ils avaient été confirmés par testament (*scripsit codicillos testamento confirmatos*).

Les codicilles, lorsqu'il existe un testament, suivent en tout la condition de ce dernier, *jus ejus sequuntur* (*Paul. fr.* 16, *de jur. codicil.*) ; ils ne valent que par lui et avec lui, *vires ex eo capient* (*Julian. fr.* 3, § 2, *eod.*) : aussi lorsque le testament est infirmé ou reste sans effet, sa chute entraîne celle des codicilles. (*Julian. d. fr.* 3, § *ult.*; *Alex. C.* 1, *h. t.*). A cet égard on ne distingue pas entre ceux qui seraient ou ne seraient pas confirmés, mais cette distinction offre d'ailleurs une grande importance. On peut, dans un codicille confirmé par testament, faire un legs, le révoquer ou le transférer, affranchir son esclave (*Caius*, 2 *inst.* 270; *Ulp.* 24 *reg.* 29; *Modest. fr.* 43, *de man. test.*); tandis que, dans les codicilles non confirmés, on ne dispose qu'indirectement par fidéicommis. (*Caius*, 2 *inst.* 273; *Ulp.* 25 *reg.* 8; *Modest. d. fr.* 43). En effet, les codicilles confirmés ont cela de particulier, que tout ce qu'ils contiennent est considéré comme écrit et inséré dans le testament même (2). Toutefois il faut remarquer que cette fiction ne s'étend pas aux dispositions qui concerneraient l'hérédité proprement dite ; ces dernières tiennent à l'essence du testament, et ne peuvent jamais être faites par codicilles (812; § 2, *h. t.*), quant même ceux-ci auraient été confirmé par testament. (*Caius*, 2 *inst.* 273.)

815. Ce qui précède ne s'applique point aux codicilles d'un intestat ; ils se soutiennent par eux-mêmes : aussi, tandis que les autres suivent le sort du testament dont ils sont pour ainsi dire l'accessoire, les codicilles dont l'auteur décède intestat ont une existence aussi indépendante que le serait celle d'un testament ; *nihil desiderant*, dit Paul (*fr.* 16, *de jur. codicil.*), *sed vicem testamenti exhibent.*

(1) SI APPARFAT EUM... NON RECESSISSE : ce qui doit s'entendre comme s'il y avait SI NON APPARFAT EUM... RECESSISSE, Vinnus, *hic*; V. *Paul. fr.* 30, *de jur. dot.*

(2) *Julian. fr.* 2, § 2, *de jur. codicil.* Ce texte, comme l'a observé Vinnius, doit nécessairement s'appliquer aux codicilles confirmés par testament ; car il est question d'un affranchissement direct, qui ne pourrait pas être fait dans un codicille non confirmé. Observez d'ailleurs que ce même texte contient une négation superflue. Voy. *Pothier; pand. just.* XXIX, VII, 20.

§ III.

816. Un testament dispose toujours de l'hérédité, et de toute l'hérédité. Dès lors un nouveau testameot est incompatible avec celui qui l'a précédé. (V. § 2 *et* 3, *quib. mod. test. infirm.*) Il en est autrement des codicilles (*text. hic*), parce qu'ils peuvent se référer à différeos objets. Aussi ehaque codicille ne révoque-t-il, dans les précédens, que ce qui serait inconciliable avee les dispositions postérieures. (*Diocl. et Max. C.* 3, *h. t.*)

817. Dans l'aocien droit les codicilles n'étaient soumis à aucune solennité (*text. hic*). Il suffisait que le défunt ait eu la volouté certaine de disposer par codicille ; en effet l'acte qu'il aurait commencé dans l'intention de faire uo testament, et qu'il aurait laissé imparfait, ne pouvait valoir comme codicille, lorsqu'il en était d'ailleurs susceptible, que par l'intention spéciale du défunt. (*Ulp. fr.* 1, *de jur. codicil.*) Théodose (*C.* 8, § 1, *h. t.*) exigea même que l'intentiou de faire valoir comme codicille, un testament qui ne pourrait pas valoir en cette dernière qualité, fût exprimée par une elsuse expresse que les interprètes ont appelée *clause codicillaire*.

Il importe donc beaucoup de savoir si les actes que l'on présenterait comme codicilles d'un iotestat, n'auraient pas été commencés par le défunt daos l'intention de faire un testament ; et l'on juge qu'il a voulu faire un codicille, lorsque l'acte ne contient ni institution d'héritier, ni substitution vulgaire, ni aucune autre disposition qui dût nécessairement se faire par testament. (*Papin. fr.* 13, § 1, *de jur. codicil.*; *Paul. fr.* 20, *eod.*)

Dans le nouveau droit, toute disposition de deruière volonté qui ue serait pas faite par testament, doit l'être en présence de cioq témoios, ainsi que nous l'avons déjà vu pour les douations à cause de mort (497) et pour les fidéicommis (810). Du reste, le codicille peut être verbal ou écrit ; mais, daos ce dernier cas, les témoios doivent y apposer leur marque (*subnotationem suam*). Tel est le prescrit d'une constitution qui, dans le Code Justioien (*C.* 8, § 3, *de codicil.*), est attribué à Théodose, et qui lui appartieot effectivement, sauf le dernier paragraphe dont il est ici question ; il a été ajouté par Justinien à la constitution de Théodose. *Voyez* J. Godefroy sur la *C.* 7, C. Th. *de testam. et codic.*; Ev. Othon sur les Institutes, § 3, *h. t.*

818. La formes des codicilles, comme on le voit par ce qui précède, a toujours été moios compliquée que celle des testamens. Aussi arrivait-il souvent que l'ou eût faeilité de faire un codicille lorsqu'il aurait été impossible de tester. Cette considératioo est même une de celles que Trébatius fit valoir auprès d'Auguste pour lui prouver l'utibté des codieilles (*pr.*, *h. t.*) : toutefois ce que nous disons ici des personnes qui ne pourraient pas tester, s'entend uniquement de celles qui en seraient empêchées de fait par uoe circonstance accidentelle, par exemple, lorsqu'elles seraient dans uo lieu où l'on ne trouve pas sept témoins (*Paul. fr.* 8, § 2, *de jur. codicil.*) ; car, quant à la capacité légale, nul n'a droit de faire un codicille s'il n'a droit de tester. (*Marcian. fr.* 6, § 3; *Paul. d. fr.* 8, § 2, *eod.*).

FIN DU LIVRE SECOND.



LIVRE TROISIÈME.

TITRE PREMIER.

DES HÉRÉDITÉS QUI SONT DÉFÉRÉES AB INTESTAT.

PR.

819. D'après la définition du texte, on meurt intestat,

1° Lorsqu'on n'a fait aucun testament, ou, ce qui revient au même, lorsqu'on n'a fait qu'un testament irrégulier (*non jure factum*) ou nul, parce qu'il ne réunit pas les conditions requises. (V. *liv.* 2, *tit.* 10, 12 *et suiv.*)

2° Lorsqu'un testament, régulier dans l'origine, a été rompu, soit par l'agnation d'un posthume, soit par tout autre moyen que la confection d'un second testament; ou lorsqu'il a été rendu inutile par la diminution de tête du testateur. En effet, sa réintégration ne revalide pas le testament, du moins quant au droit civil; car, d'après le droit prétorien, l'institué peut, dans ce cas, obtenir la possession de biens *secundum tabulas* (§ 6, *quib. mod. test. infirm.*). Au testament rompu ou rendu inutile on peut assimiler le testament inofficieux, dont la rescision rend le père de famille intestat. (*Ulp. fr.* 6, § 1, *de inoff. test.*)

Le défunt devient encore intestat, 3° lorsque nul ne veut ou ne peut se porter héritier en vertu du testament qui reste abandonné (*text. hic*; V. *Paul.* 4 *sent.* 8, § 1; *Ulp. fr.* 1, *de suis et legit.*).

§ I.

820. Rien de plus simple que le système de la loi des Douze-Tables; elle ne reconnaît que deux ordres d'héritiers ab intestat; 1° les héritiers siens, 2° les agnats. (*Paul.* 4 *sent.* 8, § 3.) La même division conservée, à quelques modifications près, dans les possessions de biens que le préteur accordait, 1° aux enfans (*unde liberi*), 2° aux autres personnes appelées par le droit civil (*unde legitimi*), se trouvait complétée par un troisième ordre purement prétorien, dans lequel venaient sans autre distinction que celle du degré, tous les parens du défunt (*unde cognati*; V. § 13, *in fin. h. t.*; § 3, *de bon. poss.*; *Modest. fr.* 1, *quis ordo*).

Jusqu'à la Novelle 118, les modifications qu'a subies cette partie de la législation n'ont rien changé à la division précédente. Les héritiers siens, les agnats, les cognats ont toujours formé trois ordres distincts; seulement les préteurs, le sénat et les princes ont successivement élevé, soit au rang des héritiers siens, soit au rang des agnats, différentes personnes que la rigueur du droit reléguait parmi les cognats. (V. § 15 *et* 16, *h. t.*; § 3, *de legit. agnat. succ.*; *pr.*, *de sc. tertyll.*; *pr.*, *de success. cogn.*)

Pour l'intelligence de cette matière, il importe de rattacher, à cette division en trois ordres, la série des titres relatifs aux successions ab intestat.

Celui-ci est consacré aux héritiers siens. Nous parlerons séparément, 1° des héritiers siens proprement dits; 2° des personnes considérées comme tels par le préteur; 3° des personnes assimilées aux héritiers siens par les constitutions.

DES HÉRITIERS SIENS PROPREMENT DITS.

§ II.

821. Nous ajouterons peu de chose à ce que nous avons dit précédemment (664) sur la qualité des *héritiers siens*, ou plutôt des *siens héritiers*. En effet, on est siens relativement à un individu, avant d'être et même sans être jamais héritier, par cela

seul qu'on est soumis à sa puissance en quelque degré que ce soit. Parmi les enfans *siens*, ou, ce qui revient au même, parmi les fils de famille, ceux qui se trouvent sous la puissance immédiate du chef, sont *héritiers*, c'est-à-dire copropriétaires des biens paternels (V. § 2 et 7, *de hered. qualit.*), tant que cette qualité ne leur est point enlevée par exhérédation : les enfans du second degré, précédés par leur propre père dans la famille de l'aïeul, sont toujours siens pour ce dernier, mais ils ne sont encore ni copropriétaires, ni par conséquent héritiers. Aussi le texte les distingue-t-il partout des héritiers siens, en restreignant cette dénomination aux fils de famille qui ne doivent pas retomber sous une autre puissance (*text. hic*; § 2, *de hered. qualit.*); mais cette définition n'empêche pas l'hérédité d'arriver quelquefois aux petits-enfans retombés sous la puissance du père, et alors l'enfant sien qui devient héritier se trouve nécessairement *suus heres*.

Voy., pour le surplus du texte, le § 13 *de nuptiis* (164, 165).

§ VII.

822. Il reste à savoir comment et dans quels cas le petit-fils, retombé sous la puissance de son père, peut devenir héritier de l'aïeul. Dans l'hérédité testamentaire rien n'est plus facile à supposer, par l'effet d'une institution expresse (664); ab intestat, la succession de l'aïeul n'arriverait jamais aux petits-enfans que par le prédécès du fils, si cette succession était toujours déférée à l'époque même de la mort. Mais il ne suffit pas qu'une personne meure pour que sa succession soit déférée aux héritiers légitimes; il faut encore avoir la certitude qu'il n'y aura pas d'héritier testamentaire, et c'est alors que s'ouvre l'hérédité légitime, *eo tempore quo certum est aliquem sine testamento decessisse* (*text. hic*; § 6, *de legit. agnat. succ.*).

Cette certitude est acquise dès l'instant même de la mort, lorsqu'il n'existe aucun testament valable. (V. § 6, *de legit. agnat. succ.*) Alors ceux qui étaient sous la puissance immédiate du défunt, deviennent héritiers par cela seul qu'ils ont survécu à l'ouverture de la succession (§ 3, *h. t.*). Leur décès, quelque rapproché qu'on le suppose, ouvrirait une hérédité nouvelle, et alors les enfans du second degré succèderaient à leur père et non pas à l'aïeul prédécédé. (V. *Ulp. fr.* 3, § 10, *de suis et legit.*)

823. Notre texte suppose, au contraire, que l'aïeul décédé laisse un testament valable (1), et conséquemment l'espoir d'un héritier testamentaire, espoir qui recule l'ouverture de l'hérédité légitime. (*Ulp fr.* 39, *de adquir. vel omitt. hered.*) Il faut donc distinguer ici deux époques différentes que sépare quelquefois un long intervalle de temps (§ 6, *de legit. agnat. succ.*), savoir, l'époque du décès, et celle de l'ouverture de la succession légitime. Nul ne devient héritier s'il ne survit à la seconde; et par conséquent le fils qui décède dans l'intervalle, décède sans avoir recueilli l'hérédité : celle-ci est directement déférée au petit-fils, parce qu'il se trouve seul (*solus invenitur*), sinon au décès, du moins à l'instant où s'ouvre l'hérédité légitime, et c'est au moment de cette ouverture qu'il faudrait le précéder pour avoir la préférence.

S'il faut, pour devenir héritier, survivre à cette seconde époque, réciproquement, il faut avoir existé dès la première. L'époque du décès n'est pas, à la vérité, celle qui détermine personnellement l'héritier, mais elle détermine au moins parmi quels individus on pourra le trouver. L'héritier, en général, se trouve exclusivement parmi les individus existans au décès; et l'héritier sien, parmi ceux que le défunt comptait à la même époque comme *siens*, c'est-à-dire parmi les fils de famille qu'il avait alors sous sa puissance.

§ VIII.

824. Les petits-enfans appartiennent à la famille de l'aïeul paternel dès leur conception même (206). Ainsi quoique nés après son décès, il leur suffira pour être *siens* d'avoir été conçus du vivant de l'aïeul et sous sa puissance. (*Ulp. fr.* 1, § 8; *fr.* 3, § 9, *de suis et legit.*; *Cels. fr.* 7, *eod.*)

Quant aux petits-enfans conçus après le décès de l'aïeul, comme son existence a

(1) C'est pour se placer dans l'hypothèse d'un testament valable que notre texte, en admettant l'institution d'un étranger, suppose en même temps l'exhérédation du fils (*si filius exheredatus fuerit*). Voy. *pr.*, *de exhered. liber.*

fini avant le commencement de la leur, il n'a jamais pu se former aucun lien de parenté entre eux et lui (*nullo jure cognationis tetigit.*) : leur qualité de descendans devient donc absolument indifférente quant à l'hérédité (*non sunt quantum ad hereditatem liberi*); aussi ne succèdent-ils ni à l'aïeul, ni à aucun autre parent mort avant leur conception (*text. hic; Julian. fr. 6, de suis et legit.*), c'est-à-dire plus de dix mois avant leur naissance. (*Ulp. fr.* 3, § 11, *eod.*) A cet égard le droit prétorien ne leur est pas plus favorable pour la possession de biens que le droit civil pour l'hérédité (*text. hic; Julian. fr.* 9, *de suis et legit.; Ulp. fr.* 1, § 8, *unde cogn.*).

825. Il en serait de même, à plus forte raison, de l'enfant qu'un fils émancipé adopterait après la mort de son père (*text. hic*; V. *Paul.* 4 *sent.* 8, § 12). Cet exemple de notre texte est trop évident par lui-même pour exiger aucune explication : on pourrait même s'étonner du rapprochement que Tribonien établit entre ce cas et le précédent. Toutefois observons que d'après notre texte, l'adopté dont il est question n'est point considéré comme un descendant du père de l'adoptant (*nec ille est inter liberos avi*) : en effet, la parenté que forme l'adoption, existe uniquement avec les personnes de la famille de l'adoptant; à l'égard des autres, elle n'a aucun résultat (*Ulp. fr.* 1, § 4, *unde cogn.*); et comme les émancipés se trouvent nécessairement hors de la famille de leur père, ce dernier est toujours complètement étranger aux enfans qu'un fils émancipé adopterait, soit après la mort de son père, comme le suppose notre texte, soit même auparavant. (*Julian. fr.* 26, *de adopt.*)

§ IV.

826. Par exception aux règles précédentes, Justinien rapporte ici l'exemple d'un héritier sien qui, à l'époque du décès, n'était pas sous la puissance du père de famille. Cet exemple est celui du prisonnier rentré après la mort de son père. Pendant sa captivité, il était de fait hors de puissance; mais l'exception disparaît, lorsqu'on se rappelle l'effet du droit de *post-liminium*. (V. § 5, *quib. mod. jus. pat.*) Le prisonnier rentré est censé n'avoir jamais été pris (196). Par suite de cette fiction, la puissance paternelle n'ayant jamais été interrompue, le prisonnier conserve tous ses droits de fils de famille, et les exerce sur l'hérédité conformément aux principes établis ci-dessus. (*Paul.* 4 *sent.* 8, § 7; *Ulp. fr.* 1, § 4, *de suis et legit.; Diocl. et Max. C.* 9, *de postl. revers.*)

§ V.

827. Par un exemple contraire, on voit ici des enfans restés de fait sous la puissance de leur père ne pas devenir héritiers siens (*tamen suus heres non fiat*), ou plutôt le devenir (*suum heredem esse*) pour déposer ensuite cette qualité (*sed desinere*). La véritable exception consiste ici dans la poursuite exercée après la mort du coupable, contre sa mémoire (*Ulp. fr.* 1, § 3, *de suis et legit.; fr.* 11, *ad leg. jul. maj.*), et dans l'effet rétroactif de la sentence qui, relativement au crime dont il s'agit, remonte à l'époque même où ce crime a été commis (V. *Marcian. fr.* 15, *de donat.; Papin. fr.* 31, § 4, *eod.*) Cette fiction une fois admise, il en résulte que celui qui s'est rendu coupable a immédiatement perdu la puissance paternelle. Ses enfans, considérés comme *sui juris* depuis la même époque, ne peuvent, lors de son décès, devenir héritiers siens d'un père qui ne laisse ni hérédité ni héritier, et n'a d'autres successeurs que le fisc, *cum fiscus ei succedas*. (V. *Vinnius, hic.*)

En général, ceux qui, par la grande ou la moyenne diminution de tête, perdent la liberté ou au moins la qualité de citoyen, n'ont jamais d'héritier. Les biens d'un père de famille déporté ou devenu esclave de la peine sont acquis au fisc (*Alex. C.* 1; *Gord. C.* 4; *Diocl. et Max. C.* 6, *de bon. proscript.*); et lorsque les personnes *sui juris* deviennent esclaves sous la puissance d'un particulier, ce dernier acquiert avec elles et par elles tous les biens qui leur appartenaient. (V. § 1, *de succ. subl.*) Il en est autrement du prisonnier mort chez l'ennemi; la loi Cornélia conserve sa succession aux héritiers qu'il a institués, et même aux héritiers légitimes. Les uns et les autres succèdent au défunt, comme s'il n'était point devenu esclave (§ 5, *quib. non est perm.; Julian. fr.* 12, *qui test. fac.; Ulp. fr.* 1, *de suis et legit.*). Tel est le but de la fiction par laquelle cette loi

considère le prisonnier comme étant décédé à l'instant même de sa captivité. (*Ulp. fr.* 18, *de captiv. et postl.*)

§ VI.

828. Lorsqu'un fils sort de la famille paternelle, soit par mort, soit par diminution de tête, sa place est aussitôt remplie par ses propres enfans, qui le représentent pour les droits qu'il avait comme copropriétaire des biens de la famille. Ils doivent également le remplacer dans l'hérédité qui, relativement aux *siens*, n'est qu'une continuation de la propriété qu'ils avaient même sous la puissance du défunt. (V. *text. hic; Caius*, 3 *inst.* 7; *Ulp.* 26, *reg.* 2.)

De là il résulte, 1° qu'un fils exclut ses propres enfans, sans jamais exclure ceux d'un autre fils (§ 2 *in fin., h. t.; Paul* 4 *sent.* 8, § 8); 2° que les petits ou arrière-petits-enfans ont entre eux la part qu'aurait eue celui dont ils prennent la place (*Ulp.* 26, *reg.* 2; *fr.* 1, § 4, *de suis et legit.*): aussi faut-il distinguer ici deux manières de succéder, ou plutôt de partager entre les enfans siens l'hérédité légitime. Elle se divise (*in capita*) par têtes ou par portions viriles, c'est-à-dire en autant de parts égales qu'il y a d'héritiers, lorsque les enfans du premier degré succèdent seuls à leur père; mais au contraire, lorsque les descendans d'un degré inférieur ont pris dans la famille la place que leur père avait laissée vacante, alors, sans égard au nombre des héritiers, l'hérédité se divise comme si le fils représenté par ses enfans existait encore dans la famille. (*Paul.* 4 *sent.* 8, § 9; *Ulp.* 26 *reg.* 2; *Caius*, 3 *inst.* 8.) C'est le partage par souches (*non in capita sed in stirpes*); ainsi appelé parce que chacun des fils est considéré comme formant souche, par rapport à la branche de descendans dont il devient l'origine. (*V.* Thémis, *t.* 7, *p.* 263 *et* 383.)

D'après l'exemple cité à la fin de notre texte, il importe d'observer que le partage se fait par souches entre les héritiers siens, lorsqu'il y a entre eux inégalité de degré, comme dans le cas où les enfans d'un fils concourent avec les frère ou sœur de leur père, et même lorsqu'il y a parité de degré entre les petits-enfans dont l'aïeul n'a plus sous sa puissance aucun enfant du premier degré (*text. hic; Caius*, 3 *inst.* 8; *Paul.* 4 *sent.* 8, § 9).

829. Les filles et petites filles sont héritiers siens du père ou de l'aïeul qui les avait sous sa puissance, et à ce titre elles succèdent comme les descendans mâles (V. § 2, *h. t.*); mais lorsqu'elles sortent de la famille paternelle, leur place n'y est jamais remplie par leurs propres enfans. En effet, ceux-ci appartiennent nécessairement à une autre famille. (*Caius, fr.* 195, § 1, *de verb. sign.*; *Paul.* 4 *sent.* 8, § 10.) Cependant nous le verrons bientôt admis par Théodose et par Justinien avec les héritiers siens (V. § 15 *et* 16, *h. t.*)

§ III

830. L'hérédité légitime s'acquiert aux héritiers siens comme l'hérédité testamentaire. Tout ce qu'on a dit précédemment (666) sur l'une s'explique et se complète par ce qui est dit ici sur l'autre, et réciproquement. (V. *text. hic; Paul.* 4 *sent.* 8, § 6.)

HÆC DE SUIS HEREDIBUS (§ 8 *in fin., h. t.*). Tel est sur les héritiers siens proprement dits le système de la loi des Douze-Tables, renfermé dans les huit premiers paragraphes de ce titre.

DES PERSONNES CONSIDÉRÉES COMME HÉRITIERS SIENS PAR LE PRÉTEUR.

§ IX.

831. Les enfans sortis de la famille, ne se trouvant pas sous la puissance du mourant, ne sont ni *siens* ni héritiers d'après le droit civil (*text. hic; Caius*, 3 *inst.* 19); mais dans la succession prétorienne il en est autrement. En admettant au premier ordre les enfans du père de famille, le préteur appelle non-seulement ceux qui sont restés dans la famille, mais avec eux, et sans distinction, les enfans émancipés (*text. hic; Modest. fr.* 1, § 2, *quis ordo*). Dans la succession testamentaire nous les avons vus (576) assimilés aux héritiers siens qu'on est obligé de déshériter ou instituer: ici, par suite du même principe (*perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent*), et lorsqu'on est certain qu'il n'existe aucun testament (*Ulp. fr.* 3, *si tab. test. null.*), le préteur accorde la possession de biens UNDE LIBERI aux mêmes enfans qui, dans le cas contraire, faute d'avoir

été déshérités ou institués, obtiendraient la possession CONTRA TABULAS. (*Ulp. fr.* 1, § 5 *et* 6, *eod.*)

Remarquez que, lorsqu'on admet, avec les héritiers siens proprement dits, des enfans qui ne sont tels que par suite d'une fiction prétorienne, on n'accorde point à ces derniers le titre d'héritier (*text. in fin.*). Ce titre appartient exclusivement à ceux qui le tiennent de la loi civile, mais, en résultat, les héritiers civils ne succèdent réellement que pour partie (*pro parte*), puisqu'ils sont obligés de partager avec les concurrens que le préteur leur donne dans la possession de biens.

832. Ce qu'on dit ici des enfans émancipés par le défunt ne se borne pas à eux seuls. La même décision s'étend à plusieurs descendans qui n'ont jamais été sous la puissance du défunt, par exemple, aux enfans d'un fils émancipé (*Ulp. fr.* 3, *de b. p. contra tab.*) : conçus avant ou après l'émancipation de leur père, ils ont toujours été étrangers, dans le premier cas, à la puissance de l'émancipé, dans le second cas, à la puissance de l'aïeul émancipateur : mais cela n'empêche pas le préteur d'admettre à la succession du fils émancipé ses propres enfans conçus avant l'émancipation, et à la succession de l'aïeul émancipateur, les enfans de son fils conçus après l'émancipation de ce dernier (1). En effet, le préteur admet en général tous les enfans que le droit civil reconnaîtrait lui-même pour héritiers siens, si eux ou leur père n'étaient point sortis de la famille (576; *Paul. fr.* 6, § 2, *de b. p. contra tab.*) par une diminution de tête que le droit honoraire regarde comme non avenue, et ne permet d'opposer à aucun descendant. (*Pomp. fr.* 5, § 1, *si tab. test. null.*

833. Ce qu'on a dit ici de l'émancipation s'applique également à toute autre manière de dissoudre le lien de famille (*Ulp. fr.* 1, § 6, *de b. p. contra tab.*). En effet, la moyenne, et même la grande diminution de tête, ne nuisent qu'autant qu'elles privent du droit de cité, et ne peuvent pas être opposées à celui qui se trouve réintégré dans sa qualité de citoyen. (*Ulp. fr.* 1, § 9; *Hermog. fr.* 2, *eod.*)

§ X.

834. Il n'y aurait aucune différence entre les enfans simplement émancipés et ceux qui ont été donnés en adoption, si ces derniers, en sortant de leur famille naturelle, ne passaient pas dans une famille étrangère. Le préteur qui, à la mort du père naturel, les retrouve dans cette famille, et qui serait obligé de leur accorder sur la succession du père adoptif les mêmes droits qu'aux autres fils de famille (*Ulp. fr.* 1, *de b. p. contra tab.*; *fr.* 1, § 6, *si tab. test. null.*), ne peut pas les considérer comme appartenant en même temps à deux familles différentes : aussi ne les appelle-t-il pas plus que le droit civil à la succession du père naturel (2).

Ce n'est pas la diminution de tête en elle-même qui les empêche de succéder au père naturel, c'est leur position dans une autre famille à l'époque où ce dernier vient à décéder (*si modo cum is moreretur in adoptiva familia sint*); et peu importe, en effet, comment ils sont sortis de la famille primitive. L'émancipé qui s'est donné en adrogation, comme le suppose notre texte (*hi qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt*), et ses enfans passés avec lui ou conçus postérieurement dans la famille de l'adoptant, ne diffèrent absolument en rien du fils de famille donné en adoption proprement dite par son propre père : tous sont également écartés, quant à la succession du père naturel, soit de l'hérédité, soit des possessions de biens *contra tabulas* ou *unde liberi*, par cette seule raison qu'ils sont dans une famille étrangère; *nam hoc solum quæritur an in adoptiva familia sit* (3).

(1) *Paul. fr.* 6, *de b. p. contra tab.*; *Modest. fr.* 21, *eod.*; *Pompon. fr.* 5, § 1, *si tab. test. null.* Observez toutefois que, dans la succession de l'aïeul, les petits-enfans ne viennent jamais qu'à défaut de leur père. (*Pompon. d. fr.* 5, § 1.) *Voyez* Paul, *fr.* 4, § 1, *de b. p. contra tab.*

(2) Le préteur ne les admet pas en premier ordre, par la possession de biens *unde liberi*, mais il leur accorde en troisième ordre la possession de biens *unde cognati*. *Voy.* le § 13 et son explication qui sera jointe à celle du titre 5.

(3) *Celsus, fr.* 9, *de b. p. contra tab.*; V. *text. hic*; *Ulp.* 23, *reg.* 3; *Paul. fr.* 6, § 4, *eod.* Observez que les enfans de l'émancipé ne sont pas censés changer de famille, lorsqu'ils passent par adoption de la puissance du père émancipé dans celle de l'aïeul émancipateur, *et vice versa*. En effet, le préteur qui considère l'émancipation comme non avenue, doit considérer le père et l'aïeul paternel comme formant toujours une seule et même famille. (*Ulp. fr.* 3, § 7 *et* 8; *Modest. fr.* 21, § 1, *eod.*)

835. Pour succéder au père naturel, les enfans passés dans une famille adoptive doivent en sortir avant la mort de leur père. Autrement, s'il suffisait d'en sortir postérieurement, à une époque quelconque, l'adoptant pourrait à son gré ou laisser la succession aux personnes qui se trouvaient dans la famille du défunt à l'époque de sa mort, par exemple aux agnats, ou la leur enlever en émancipant l'adopté, qui alors reprendrait sur la succession de son père naturel la préférence que le droit prétorien accorde aux enfans. Or, il serait évidemment injuste de laisser à l'adoptant une semblable faculté; et pour ne pas la lui laisser (*text. hic in fin.*), les adoptés émancipés par le père adoptif ne sont admis à la succession du père naturel que lorsque l'émancipation a précédé la mort de ce dernier (1).

§ XI.

836. Quant au père adoptif, les adoptés ont les mêmes droits que les enfans naturels; et le préteur lui-même ne met aucune différence entre eux, tant que l'adoption subsiste (§ 4, *de exhered. lib.; Ulp. fr. 1, de b. p. contra tab.; fr. 1, § 6, si tab. test. null.*). Après l'émancipation, le droit civil ne met encore aucune différence entre l'adopté et l'enfant naturel : l'un et l'autre cesse d'être sien, et perd ses droits sur l'hérédité (§ 3 *et* 4, *de exhered. lib.*). Toutefois l'enfant naturel ne cesse pas d'être enfant du père dont il a quitté la famille : la dissolution du lieu civil ne détruit pas le lien du sang (§ 3, *de legit. agn. tut.; Paul. fr. 4, si tab. test. null.*); mais, au contraire, l'adopté, sorti de la famille de l'adoptant, ne compte plus, sous aucun rapport, parmi les enfans de ce dernier, *desinit in numero liberorum esse* (§ 12 *in fin.*, *h. t.*; V. *Paul. d. fr.* 4, *eod.*). Aussi le préteur lui refuse-t-il, comme étranger, la possession de biens qui n'appartient qu'aux enfans du défunt. (V. § 10, *h. t.*; *Ulp. fr.* 8, § 12, *de b. p. contra tab.*) On l'accorde aux enfans naturels, parce que, malgré leur émancipation, ils restent toujours enfans; on la refuse aux enfans adoptifs, parce que l'émancipation leur enlève un titre qui n'était fondé que sur les effets purement civils de l'adoption (*text.*, *hic in fin.*). Sous ce rapport, et quant au droit prétorien, la condition des enfans naturels est donc préférable à celle des enfans adoptifs, *minus juris habent adoptivi quam naturales* (*text. hic.*).

§ XII.

837. Ainsi que nous l'avons déjà dit (831) les possessions de biens *contra tabulas* et *unde liberi* sont deux voies tendantes au même but, que le préteur ouvre et ferme aux mêmes individus, d'après les mêmes règles (*Ulp. fr.* 1, § 6, *si tab. test. null.*), mais dans des circonstances opposées. La possession *contra tabulas* suppose l'existence d'un testament, dans lequel un enfant héritier sien, ou considéré comme tel d'après les règles ci-dessus, n'a été ni institué ni déshérité (*ut oportet*) suivant les formes requises (*text. hic; Ulp. fr.* 8, *de b. p. contra tab.; fr.* 1, § 6, *eod.*). La possession de biens *unde liberi* se donne au contraire lorsqu'il n'existe aucun testament (2), c'est-à-dire dans le sens du droit prétorien lorsqu'il n'existe aucun testament revêtu de cinq cachets. (*Ulp. fr.* 3, *si tab. test. null.*; V. § 2, *de test. ordin.*)

838. Dans l'une ou l'autre possession de biens, l'émancipé concourt avec les héritiers siens proprement dits, parce que son émancipation est considérée comme non avenue; et alors il prend part dans les biens paternels, comme s'il n'était jamais sorti de la famille. Dans ces biens se trouvent compris ceux que le défunt a pu acquérir par les fils de famille restés sous sa puissance. Il est donc juste que les émancipés remettent également dans la masse héréditaire les biens qu'ils auraient acquis au père commun

(1) *Text. hic; Paul. fr.* 6, § 4, *de b. p. contra tab.* Si l'on exige qu'ils soient émancipés, c'est pour qu'ils sortent, non-seulement de la puissance, mais aussi de la famille de l'adoptant. Nous savons, en effet, que les enfans deviennent quelquefois *sui juris* sans sortir de la famille; c'est ce qui arrive par le décès du père (236). Aussi la mort de l'adoptant ne rendrait pas à l'adopté, devenu *sui juris*, le droit de succéder à son père naturel : *utrum pater adoptivus vivit an defunctus est, nihil interest* (*Caius, fr.* 9, *eod.*) : la seule chose à examiner (*hoc solum quæritur*), c'est de savoir si l'adopté est encore dans la famille de l'adoptant (*an in familia sit*). Il y reste malgré le décès de ce dernier, mais il en sort par l'émancipation, ainsi que nous l'avons expliqué précédemment (236, 237).

(2) Voyez, à cet égard, deux rubriques du Digeste. L'une (*tit.* 2, *liv.* 37) *si tabulæ testamenti extabunt;* l'autre au contraire (*tit.* 6, *liv.* 38) *si tabulæ testamenti nullæ extabunt.*

si l'émancipation n'avait pas eu lieu (*Ulp. fr.* 1, *de collat. bon.*). De là il suit que l'émancipé doit rapporter, pour être partagés avec les héritiers civils (*Julian. fr.* 3, § 3, *eod.*) dont il diminue la portion (*Ulp. fr.* 3, § 3, *eod.*) et qui concourent avec lui dans la succession prétorienne (1), les biens qu'il avait au décès du père de famille. (*Gordian. C.* 6, *de collat.*)

Quant aux acquisitions postérieures, quand même on les supposerait faites par un enfant resté sous la puissance paternelle, elles n'auraient jamais pu appartenir au défunt : aussi l'émancipé ne les rapporte-t-il pas. (V. *Paul fr.* 11, *de collat. bon.*; *Diocl. et Max. C.* 15, *de collat.*) Par la même raison, il n'a jamais rapporté, même parmi les acquisitions antérieures, celles qui auraient fait partie du pécule castrans ou quasi-castrans (*Ulp. fr.* 1, § 15, *eod.*); et dans le nouveau droit il ne rapporte plus les biens adventifs. En effet, les biens profectifs sont les seuls auxquels continuent de s'appliquer à l'égard des fils de famille les conséquences de la puissance paternelle (V. § 1, *per quas person.*), ou à l'égard des émancipés, la nécessité du rapport. (*Justin. C.* 21 *de collat.*)

839. Les enfans appelés aux possessions de biens *contra tabulas* et *unde liberi*, y viennent dans le même ordre qu'à l'hérédité légitime. (*Ulp. fr.* 1, § 1, *de b. p. contra tab.*) En conséquence les enfans du fils, ne venant dans la succession de l'aïeul qu'au lieu et place de leur père, prennent, à son défaut, la part qu'il aurait eue lui-même (*Paul. fr.* 11, § 1, *eod.*); et lorsque celui-ci survit, il exclut ses propres enfans. (*Ulp. fr.* 1, § 8, *eod.*; *Pomp. fr.* 5, § 1, *si tab. test. null.*) La chose est toute simple à l'égard de ceux qui étaient comme leur père hors de la famille; mais les petits-enfans, restés sous la puissance et dans la famille de l'aïeul, y ont pris la place de leur père émancipé : dès lors ils se trouvent héritiers siens (§ 2 *et* 6, *h. t.*). En rendant au père la place qu'il avait perdue, le droit prétorien dépouillait ses enfans d'un droit acquis; on accordait tout à la fiction, et rien à la réalité. Telle était cependant la conséquence exacte du principe qui regardait l'émancipation comme non avenue; et cette conséquence n'a été modifiée que sous Adrien. D'après une nouvelle disposition ajoutée à l'édit par Salvius Julianus, les enfans restés sous la puissance de l'aïeul et devenus héritiers siens, cessent d'être exclus par leur père émancipé; ils concourent avec lui sur la portion que leur attribue le droit civil et que leur enlevaient les anciens édits. Cette portion, d'après l'édit de Julien, se subdivise par moitié entre les petits-enfans héritiers siens et leur père émancipé; et comme c'est à eux que préjudicie dans ce cas la possession de biens obtenue par leur père, c'est à eux que celui-ci fait le rapport. (*Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 1, *de conj. cum emanc.*)

Tel est le seul cas où les petits-enfans concourent avec leur père dans la succession de l'aïeul. Le fils resté dans la famille exclut tous ses enfans (§ 2, *h. t.*; *Ulp. d. fr.* 1, § 6, *de conjung.*); et, lorsqu'il en est sorti, il exclut encore tous ceux qui ne sont pas héritiers siens. (*Paul. fr.* 6, § 1 *et* 3, *de b. p. contra tab.*)

DES PERSONNES ASSIMILÉES AUX HÉRITIERS SIENS PAR LES CONSTITUTIONS.

§ XIV.

840. Dans ce qui précède, nous avons vu l'adopté ou l'adrogé, lorsqu'il sort de sa nouvelle famille après le décès du père naturel, perdre deux successions, savoir : celle du père naturel à cause de l'adoption qui subsiste encore, et celle de l'adoptant, malgré l'adoption qui ne subsiste plus (§ 11, *h. t.*). Les anciens jurisconsultes avaient inutilement cherché les moyens d'éviter une conséquence aussi rigoureuse; Justinien tranche la difficulté, en dépouillant de son principal effet l'adoption proprement dite. Sans revenir sur la distinction précédemment exposée (177) quant à la personne de l'adoptant, nous insisterons ici sur une autre distinction à faire entre les adoptés.

Justinien ne voulait pas directement détruire les anciens effets de l'adoption :

(1) *Ulp. fr.* 1, § 1, *eod.* L'héritier sien, qui s'en tiendrait au droit civil et ne demanderait pas la possession de biens, ne pourrait pas forcer l'émancipé au rapport, du moins d'après les termes de l'édit; mais une interprétation plus équitable oblige l'émancipé au rapport, dans tous les cas où il diminue la part de l'héritier sien, et encore bien qu'ils succèdent, l'un d'après le droit civil, l'autre d'après le droit prétorien. (*Scævol. fr.* 10, *eod.*; V. *paul. fr.* 7, *de dot. col.*; *Pothier, pand. just* XXXVII, VI, 5.)

s'il y déroge en maintenant l'adopté dans sa famille primitive, c'est uniquement pour conserver à celui-ci l'hérédité paternelle. Ce motif n'est point applicable aux enfans du fils resté dans la famille; ils ne sont point héritiers de l'aïeul; en les faisant passer dans une famille adoptive, on ne leur ôte rien. Voilà pourquoi sans doute, dans les Institutes, Justinien parle toujours d'un fils donné en adoption par son père (*filius... a patre*, § 2, *de adopt.*; *parens filium suum*, *text. hic*). Quoi qu'il en soit, les mêmes motifs et la même décision s'appliquent toujours à la fille et quelquefois aux petits-enfans donnés en adoption par l'aïeul paternel, c'est-à-dire lorsque ce dernier les avait sous sa puissance immédiate; autrement, lorsque le père précède ses enfans dans la famille de l'aïeul, l'adoption de ces derniers produit son plein et entier effet. En conséquence les petits-enfans que l'aïeul ne serait pas obligé d'instituer ou d'exhéréder passent dans la famille et sous la puissance de l'adoptant, fût-il même étranger. (*Just. C.* 10. § 4, *de adopt.*)

L'adrogation conserve également son effet sur l'adrogé *sui juris*, qui, n'étant héritier sien de personne, se place lui-même dans une famille étrangère (*text. hic*; *d. C.* 10, § 5, *de adopt.*).

841. Lorsque l'adopté passe sous la puissance de l'adoptant, il exerce dans la famille de ce dernier, et tant qu'il y reste, les mêmes droits qu'un autre fils de famille; rien n'est plus régulier. Mais, par une singularité remarquable dans la constitution de Justinien, l'adoption imparfaite, qui ne confère aucune puissance à l'adoptant, suffit néanmoins lorsqu'elle n'a pas été dissoute par l'émancipation, pour conférer à l'adopté, sur la succession de l'adoptant, les droits d'héritier sien (*etiam sui heredis jus*; *Justin. C.* 10, § 1, *de adopt.*), c'est-à-dire qu'il succède, mais *ab intestat* seulement, avec les enfans naturels de l'adoptant, et dans la même proportion; car, du reste, on ne peut pas considérer comme un véritable héritier sien de l'adoptant, l'enfant qui conserve cette qualité sous la puissance et dans la famille d'un autre père, l'enfant qui serait impunément omis par le testament de l'adoptant, sans pouvoir dans ce cas recourir, soit à la possession de biens *contra tabulas*, soit à la plainte d'inofficiosité, ou demander la quarte sabinienne. (*V. text. hic*; § 2, *de adopt.*)

Lorsque le père de trois enfans mâles donne l'un d'eux en adoption, le Sc. Sabinien (1) assure à ce dernier le quart des biens de l'adoptant. (*Theoph. hic.*) Cette quarte, semblable à la quarte Antonine de l'adrogé impubère (182), est supprimée ici pour tout adopté qui, d'après la distinction consacrée par Justinien, reste dans sa famille primitive. Ainsi, fût-il *ex tribus maribus*, il n'aura dans la succession testamentaire de l'adoptant rien au delà de ce que lui a laissé ce dernier.

§ XV.

842. Les enfans de la fille ne naissent jamais dans la famille de l'aïeul maternel; ils n'étaient donc pour lui que de simples cognats, et à ce titre, le droit prétorien ne les admettait qu'en troisième ordre (*text. hic*; § 2, *de success. cogn.*).

Ainsi la fille prédécédée n'était représentée ni dans la famille, ni dans l'hérédité paternelle, non plus que dans les possessions de biens *contra tabulas* ou *unde liberi*. Ce ne fut que très-tard, sous les Empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius (*C.* 4, *C. Th. de legit. hered.*), que les enfans de la fille furent admis en premier ordre, et concurremment avec les héritiers siens, à recueillir dans la succession de l'aïeul maternel (2), les deux

(1) Dans les conjectures auxquelles on est réduit sur ce qui regarde le Sc. Sabinien, Vinnius (*hic*), Cujas (sur la *C.* 66, *de decur.*) et Godefroy (sur la *C.* 10, *de adopt.*) s'accordent tous avec Théophile. En prenant la quarte sabinienne, non sur les biens de l'adoptant, mais sur ceux du père naturel, la conjecture d'Heineccius (*elem. jur.* n° 186) s'écarte de toutes les autres, et même de notre texte, qui ne concerne que l'adoptant et sa succession.

(2) La même disposition s'appliquait aussi dans la succession des ascendantes, *quando femina mortua sit cujus de hereditate agitur*. Quelque important que soit ce passage de notre texte, il faut observer qu'il sort de la matière pour anticiper sur l'explication du Sc. Orphitien (867; V. § 1, *de sc. orphit.*). En effet, nous traitons ici des héritiers siens et des personnes qui leur sont assimilées : il faut donc avant tout que le défunt ait pu avoir des héritiers siens; cette condition est absolument impossible dans l'hérédité des femmes qui n'ont jamais la puissance paternelle. Aussi tout ce qui précède est-il exclusivement relatif à la succession des enfans mâles (*Paul. fr.* 4, § 2, *de b. p. contra tab.*; *Caius*, *fr.* 13, *de suis et legit.*); et en effet lorsque les enfans ont été admis à la succession maternelle, ils ne l'ont point été comme siens, mais seulement comme assimilés aux agnats (*in locum adgnatorum*; *pr.*, *de success. cognat.*; V. *pr.*, *de sc. orphit.*).

tiers de ce que leur mère aurait personnellement recueilli.

843. Dès que les enfans de la fille purent concourir avec les héritiers siens, ils eurent, au défaut de ceux-ci, la préférence sur le second ordre, c'est-à-dire sur les agnats, sans cependant les exclure en totalité, comme on l'induirait mal à propos des expressions trop générales de notre texte (*iisque..... adeuntibus adgnatos* MINIME *vocabant*).

§ XVI.

En effet, Théodose réservait aux agnats un quart de l'hérédité (*text. hic*). Justinien, plus favorable aux enfans de la fille, annonce qu'en écartant de son Code la constitution de Théodose (*memoratum constitutionem*) il en a supprimé toutes les dispositions (*toti juri ejus derogatum est*), et que désormais les enfans de la fille prendront sans aucune diminution (*sine ulla diminutione*) la part de leur mère. On pourrait croire, d'après cela, que Justinien accorde réellement aux enfans de la fille le droit de représenter leur mère, et de prendre tout ce que celle-ci prendrait elle-même si elle vivait, sans aucune déduction, soit du quart en faveur des agnats, soit du tiers en faveur des héritiers siens: toutefois il n'en est pas ainsi. Il est vrai que Justinien (*C.* 12, *de suis et legit.*) déroge à la constitution de Théodose en privant les agnats du quart que ce prince leur avait réservé; mais la première partie de cette même constitution a été conservée dans le Code Justinien (*C.* 9, *eod.*), pour le cas de concours des héritiers siens avec les enfans d'une fille prédécédée. Ces derniers n'ont réellement que les deux tiers de la portion maternelle; et s'ils ont obtenu la totalité, ce n'est que postérieurement, par la Novelle 118, *ch.* 4 (V. *Vinnius hic*).

844. Les personnes qui, sans être héritiers siens, sont appelées au même rang, soit par le préteur, soit par les nouvelles dispositions du droit civil, ne sont pas pour cela héritiers nécessaires. Les derniers mots du § 8 (*hæc de suis heredibus*) établissent une ligne de démarcation qui ne permet pas d'étendre tacitement aux personnes énumérées dans la suite du titre les principes exposés dans la première partie, et spécialement dans le § 3. S'il a fallu un texte formel pour appliquer à d'autres qu'aux héritiers siens le principe de la représentation et du partage par souches (V. *text., hic in fin.*), il faudrait une disposition non moins précise pour déclarer héritiers nécessaires les successibles qui n'ont point été, pendant la vie du défunt, copropriétaires de biens de la famille. L'hérédité n'est pas pour eux une continuation de propriété: c'est une acquisition nouvelle, qui, d'après la règle générale, doit s'opérer volontairement (669). En effet, lorsque Justinien a parlé des agnats exclus par les enfans de la fille, il a supposé que ces derniers auraient fait adition (*iis... adeuntibus*, § 15, *h. t.*).

Quant au préteur, il accorde la possession de biens, d'après des règles particulières. (V. § 8 *et* 10, *de bon. poss.*)

TITRE II.

DE LA SUCCESSION LÉGITIME DES AGNATS.

PR.

845. A défaut d'héritiers siens, la loi des Douze-Tables appelait en second ordre les agnats du défunt (1). Ici, c'est-à-dire dans les Institutes de Justinien, et d'après la législation existante au moment de leur rédaction, les agnats sont précédés non-seulement par les héritiers siens, mais encore par tous les descendans que le droit honoraire et les constitutions impériales appellent *inter suos heredes* (*text. hic*; V. § 9, 15 *et* 16, *de hered. quæ ab intest.*); et, lorsque ceux-ci recueillent la succession d'une manière quelconque (*quoquo modo*), c'est-à-dire la possession de biens ou succession prétorienne, en vertu du droit honoraire, et l'hérédité ou succession civile, en vertu des constitutions impériales, les agnats sont totalement exclus (843). Toutefois les descendans dont nous avons parlé en

(1) *Caius*, 3 *inst.* 9. A défaut d'agnats, la même loi appelait les gentils (*gentiles*; *Caius*, 3 *inst.* 17; V. *Paul.* 4 *sent.* 8, § 3). Les lacunes du manuscrit de Vérone ne nous permettent pas de connaître la définition que Caius avait donnée des gentils; nous savons seulement que, de son temps, il existait déjà sur ce point une désuétude complète (*totum jus gentilitium in desuetudinem abiisse*).

expliquant le titre précédent (842, 845) ne forment point une classe intermédiaire entre les siens et les agnats ; si les émancipés et les enfans de la fille l'emportent, c'est parce que le préteur et les constitutions les appellent au premier ordre *inter suos heredes*. Cette qualité d'héritier sien, réelle ou fictive, est toujours le seul titre de préférence sur les agnats ; il est donc vrai que ces derniers continuent de venir en second ordre, à défaut des héritiers siens. Cette classification de la loi des Douze-Tables n'a pas changé : seulement le titre d'héritier sien a été pris dans un sens plus étendu qu'il ne l'était primitivement. Pareillement la qualité d'agnat a d'abord été restreinte, puis ensuite considérablement étendue. (V. § 3 *et* 4, *h. t.*)

§ I.

846. Considérée comme lien de famille, l'agnation embrasse les ascendans et descendans, comme les parens collatéraux; et dans ce sens, le fils est le premier agnat de son père (*Pompon. fr.* 12, *de suis et legit.*) : mais ici, et relativement à l'hérédité, les descendans formant un ordre séparé, le titre d'agnat, pris par opposition à celui d'héritier sien, ne peut convenir qu'à des collatéraux ; car tout descendant qui ne serait pas *sien*, ne serait certainement pas agnat. (V. *Papin. fr.* 7, *si tab. test. null.*)

Ce que nous avons dit au premier livre (228, 229, 230) suffit pour l'intelligence de notre texte et supplée à l'inexactitude de sa définition. Sont agnats entre tous les membres de la même famille : *familiam dicimus omnium agnatorum*. (*Ulp. fr.* 195, § 2, *de verb. sign.*)

§ II.

Par suite de ce principe, l'adopté se trouve associé au droit d'agnation, non-seulement avec l'adoptant et les personnes soumises à sa puissance, mais encore avec tous les agnats collatéraux de l'adoptant, à quelque degré que ce soit (*text. hic ; Ulp. fr.* 1, § 11, *de suis legit.* ; *fr.* 2, § 3, *eod.*).

§ III.

847. La loi des Douze-Tables déférait l'hérédité au plus proche agnat, sans aucune distinction de sexe. Ce principe fut conservé intact à l'égard des agnats du second degré, c'est-à-dire frères et sœurs naturels ou adoptifs du défunt : on les désigna spécialement sous le titre de consanguins (*Paul.* 4 *sent.* 8, § 15; *Ulp.* 26 *reg.* 1 ; V. § 2, *h. t.*; *Ulp. fr.* 1, § 9 *et* 10, *de suis et legit.*); tandis que le titre d'agnat, resté propre aux degrés subséquens, cessa de comprendre les femmes qui au delà du second degré, ne succédèrent plus aux membres de leur famille. Voilà pourquoi Ulpien (26 *reg.* 1; *fr.* 2, § 1, *de suis et legit.*) et Paul (4 *sent* 8, § 13), limitent toujours leur définition aux personnes (*virilis sexus*) du sexe masculin.

Cette distinction, qui divisait en deux classes les membres de la même famille, n'avait pas été faite par la loi des Douze-Tables : ce fut le résultat d'une jurisprudence postérieure, introduite par l'interprétation des prudens (1). D'après cette jurisprudence, l'hérédité légitime, à défaut d'héritier sien, se déférait à deux sortes d'agnats, savoir, d'abord aux consanguins, c'est-à-dire aux agnats frères ou sœurs du défunt, sans distinction de sexe ; secondement, à défaut de consanguins, aux agnats proprement dits, c'est-à-dire aux mâles de la même famille (*text. hic ; Ulp.* 26 *reg.* 1, § 9; *fr.* 2, *de suis et legit.*). Ainsi les femmes, lorsqu'elles ne laissaient point de frères ou sœurs consanguins, avaient pour héritiers des agnats à qui elles ne pouvaient pas elles-mêmes succéder (*text. hic ; Caius*, 3 *inst.* 14) : si ce n'est en troisième ordre, d'après le droit honoraire, ainsi que nous l'expliquerons plus loin. (V. *tit.* 5.)

848. Justinien (*text. hic ; C.* 14, *de legit. hered.*), supprimant la distinction introduite par l'interprétation des prudens, rend à tous les agnats, sans distinction de sexe, les droits que leur avait accordés la loi des Douze-Tables ; ce n'est pas toutefois pour revenir à l'ancienne législation, c'est au contraire pour la modifier en sens inverse, par d'autres innovations.

(1) *Media jurisprudentia*, *etc.* (*text. hic ; Paul. sent.* 8, § 3.) L'exclusion des femmes tendait à conserver les biens dans la famille du défunt. C'est dans le même but que la loi Voconia avait prohibé l'institution des femmes; aussi Paul (4 *sent.* 8, § 22), en parlant de la distinction établie contre les consanguins et les agnats, annonce qu'elle a été introduite (*jure civili*) par une interprétation que les prudens ont puisée dans l'esprit de la loi Voconia. *Voyez* cependant Vinnius, *hic*, n° 3.

§ IV.

En effet, non content de rétablir l'agnation dans son état primitif, il en étend les priviléges à certains cognats, c'est-à-dire aux enfans de la sœur (*text. hic ; d. C.* 14, § 1, *de legit. hered.*). Ainsi, conformément à l'ancien droit rétabli par la décision précédente, la fille d'un frère consanguin viendra, nonobstant son sexe, succéder à son oncle paternel (*patrui sui*) ; mais de plus, et dans la même succession, on appellera encore les enfans de la sœur consanguine ou utérine, quoique le même défunt, en sa qualité d'oncle maternel (*avunculi sui*), n'ait jamais pu les compter parmi ses agnats. Justinien les reconnaît lui-même pour de simples cognats; mais il les transporte dans la ligne des héritiers légitimes, comme s'ils étaient véritablement agnats.

849. Cette fiction ne profite aux cognats que dans un seul degré (*unus tantummodo gradus*) ; car Justinien n'admet pas toute la descendance des sœurs, mais seulement leurs fils ou filles (*filius et filia soli*), c'est-à-dire les neveux et nièces du défunt qui sont au troisième degré. La même faveur ne s'étend à aucun cognat du quatrième degré, fussent-ils petits-neveux ou petites-nièces ; et, même dans le troisième, rien n'autorise à comprendre les oncles et tantes du défunt dans la disposition relative aux neveux et nièces. (V. *Just. d. C.* 14, § 1, *de legit. hered.*) Cette innovation de Justinien a été introduite en 532. En admettant parmi les enfans de la sœur même utérine, il était impossible de ne pas l'y admettre elle-même, ainsi que les frères utérins : notre texte, et la constitution (*C.* 14, *de legit. hered.*) d'où il est extrait, supposent donc, sans l'énoncer expressément, l'admission des frères et sœurs utérins. En effet, l'empereur les avait appelés dès l'année 528 (*C.* 7, *de sc. tertyll.*) à l'hérédité fraternelle, comme de véritables consanguins ; et cependant c'est en 534 seulement que l'agnation fut réellement étendue à tous les frères ou sœurs, comme à tous les neveux et nièces. Voici quelle a été la marche de cette législation.

En l'année 498, Anastase avait réservé le droit d'agnation aux frères et sœurs émancipés qui, nonobstant leur diminution de tête, furent admis à l'hérédité légitime concurremment, mais non pas également, avec les autres consanguins restés dans la famille. Ce bénéfice ne s'étendait point du frère émancipé jusqu'à ses enfans : la constitution d'Anastase les avait laissés au rang des cognats. (V. § 1, *de success. cog.*)

Justinien, qui affectait de confondre la division des agnats et des cognats avec celle des parens paternels et maternels, s'occupa uniquement de ces derniers. Il accorde les droits d'agnation dans toute leur plénitude, d'abord en 528 (*d. C.* 7, *de sc. tertyll.*), aux frères ou sœurs utérins; puis en 532 (*text. hic; C.* 14, § 1, *de legit. hered.*), aux enfans de sœur, et sans doute aussi, quoiqu'il n'en parle pas, aux enfans de frère utérin, sans rien faire encore pour les consanguins émancipés, ni pour leurs enfans. Ces derniers restèrent purement et simplement dans la classe des cognats, et le frère ou la sœur émancipés ne concoururent eux-mêmes avec les agnats que sous la déduction ordonnée par Anastase. La constitution de ce prince, insérée dans le premier Code, et maintenue par les Institutes qui s'y réfèrent expressément (§ 1, *de succ. cognat.*), fut enfin remplacée dans le second Code, en 534, par une constitution nouvelle (*C.* 15, § 1, 2 et 3, *de legit. hered.*), où Justinien admet, sans déduction ni réserve, les frères et sœurs émancipés, aussi bien que les frères et sœurs utérins, les neveux et nièces nés soit de frère ou sœur émancipés, soit de frère ou sœur utérins. Dès lors il ne resta plus de cognats dans le second degré ; dans le troisième, il ne resta que les oncles et tantes du défunt, sans aucun neveu ou nièce, puisque les enfans d'une sœur quelconque, ceux d'un frère utérin, et ceux d'un consanguin émancipé, furent tous également rangés parmi les agnats (1).

850. Les neveux et nièces succéderont donc tous à leurs oncles et tantes, lorsqu'il n'y aura ni frères ni sœurs ; car ces derniers, venant au second degré, excluent leurs propres enfans, et même ceux d'un autre frère ou sœur prédécédé (*text., hic*

(1) Tous ceux qui sont ainsi considérés comme agnats pour l'hérédité, le sont également pour la tutelle (*d. C.* 15, § 4, *de legit. hered.*). Une disposition spéciale pour le frère émancipé devenait donc inutile dans le nouveau code, où l'on a cependant conservé une partie de la constitution d'Anastase. (*C.* 4, *de legit. tut.*) Au surplus c'est à la constitution de ce prince que se réfère, dans les Institutes (§ 8, *de legit. agnat. tut.*), la particule restrictive PLERUMQUE.

in fin.). En effet, la représentation et le partage par souches, n'étant qu'une conséquence de la puissance paternelle, n'existaient primitivement qu'entre héritiers siens (§ 6, *de hered. quæ ab intest.*); et, quoiqu'on ait ensuite admis dans la succession de l'aïeul maternel, au lieu et place de la fille prédécédée, des petits-enfans absolument étrangers à la puissance de ce dernier (§ 16, *eod.*), ce fut néanmoins beaucoup plus tard, et seulement par la Novelle 118, que Justinien étendit aux successions collatérales la représentation et le partage par souches. Ici chacun succède de son chef et partage par têtes, *hereditate non in stirpes sed in capita dividenda* (*text. hic. in fin.*).

§ V.

851. Cette décision confirme celle de la loi des Douze-Tables, qui appelle à l'hérédité, parmi les agnats, que le plus proche (1). Les conséquences et l'interprétation de ce principe, énoncées dans notre texte, n'ont besoin d'aucune explication. (V. *Paul.* 4 *sent.* 8, § 17, 18, 19.)

§ VI.

852. La proximité des agnats, comme celle des héritiers *siens*, se considère à l'époque où la succession s'ouvre ab intestat, par la certitude acquise que le défunt n'aura point d'héritier testamentaire (*text. hic*; § 1 *in fin.*, *h. t.*), conformément aux règles expliquées dans le titre précédent (823) et reproduites ici par un texte fort clair.

§ VII.

853. L'hérédité ne se déférait ab intestat qu'une seule fois, au plus proche et à lui seul. (*Paul.* 4 *sent.* 8, § 23.) De là, par une conséquence rigoureuse, l'hérédité restait à jamais fermée pour tout autre que ceux à qui elle s'était d'abord ouverte; ainsi, faute par le plus proche de la recueillir, aucun autre agnat ne pouvait se présenter comme tel d'après le droit civil. En ce sens, il n'y avait pas succession (*successionem non esse; text. hic;* V. *Caius*, 3 *inst.* 12; *Ulp.* 26 *reg.* 5; *Paul.* 4 *sent.* 8, § 23), c'est-à-dire dévolution successive de degré en degré; mais cette dévolution admise par le préteur laissait la possession de biens ouverte en troisième ordre à tous les parens, et parmi eux, aux agnats d'un degré plus éloigné que celui ou ceux à qui l'hérédité légitime aurait été déférée, et qui ne l'auraient point acquise (*text. hic; Caius*, 3 *inst.* 28).

Justinien, dérogeant à la rigueur du droit civil, admet la dévolution dans l'hérédité, comme elle l'était par le préteur dans les possessions de biens. Ainsi l'hérédité, déférée ab intestat, ne le sera pas exclusivement au plus proche agnat, mais à tous successivement et graduellement, comme si chaque degré d'agnation était tacitement substitué au précédent, pour tous les cas où ceux qui l'occupent ne recueilleront pas l'hérédité.

De cette manière, l'agnat le plus éloigné l'emportera toujours sur tous les cognats, même les plus proches; car la priorité du degré n'établit qu'une préférence relative, entre successibles du même ordre. (V. § 12, *de grad. cognat.*)

854. Si l'hérédité légitime déférée au plus proche agnat n'admettait aucune dévolution, celle qui était déférée aux enfans siens ne l'admettait pas davantage (*Ulp. fr.* 1, § 8, *de suis et legit.*), et ne pouvait pas même l'admettre, puisque les siens acquièrent immédiatement et nécessairement l'hérédité qui leur est déférée. Ainsi par cela seul qu'il existe un héritier sien, nul ne peut se présenter comme héritier légitime (*Diocl. et Max. C.* 2, *unde liber.*); mais avec les siens et parmi eux, les constitutions ont admis d'autres descendans qui n'acquièrent pas *ipso jure* l'hérédité de leur aïeul maternel, ni celle d'un adoptant étranger (V. § 14 *et* 15, *de hered. quæ ab intest.*): faute par eux de la recueillir, sera-t-elle fermée à tous autres successeurs légitimes? n'y sera-t-on pas dans ce cas du bénéfice que notre texte autorise entre agnats? La constitution de Justinien nous manque; mais dans l'analyse que nous en trouvons *ici*, je ne vois rien qui restreigne la dévolution aux successibles du second ordre: elle paraît au contraire devoir s'appliquer entre les successibles pour qui l'hérédité déférée n'est pas immédiatement acquise. A cet égard, les descendans qui, sans être héritiers siens, succèdent comme eux et avec

(1) *Text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 11; V. *Paul.* 4 *sent.* 8, § 17; Ulpien (26 *reg.* 1) nous a conservé les propres paroles de la loi.

eux (§ 14, 15 et 16, *de her. quæ ab int.*), se confondent avec les agnats (*in eo genere percipiendarum hereditatum*) quant à la manière d'acquérir l'hérédité, qu'ils prennent ou rejettent à leur gré. Ainsi, faute par eux de recueillir l'hérédité qui leur serait déférée, on ne voit pas ce qui pourrait empêcher la dévolution : en effet, si les agnats sont exclus par les enfans de la fille, c'est lorsque ceux-ci acceptent l'hérédité de leur aïeul paternel (*iis adeuntibus*; § 15, *de hered. quæ ab intest.*).

§ VIII.

855. Dans le système de la loi des Douze-Tables, aucun ascendant ne pouvait succéder en cette qualité. En effet, les fils de famille n'eurent rien à eux jusqu'à la concession des pécules; devenus *sui juris* sans émancipation, ils n'ont plus d'ascendans paternels. Quant à l'émancipé, ceux qui lui survivraient ne tiendraient plus à lui par le lien de famille, qui, d'autre part, n'existe jamais avec les ascendans maternels.

L'émancipé n'a point d'agnats. Ils sont remplacés, pour lui comme pour les affranchis auxquels il est assimilé, par le patron qui, à defaut d'héritiers siens, est appelé en second ordre à l'hérédité. (V. *pr., de success. liber.; pr., de legit. patr. tut.; pr., de legit. par. tut.*) Ce patron des enfans émancipés n'était autre que l'acheteur dont on se servait dans les anciennes mancipations: ce fut ensuite ou l'acheteur ou le père de famille vendeur, selon que les enfans avaient été émancipés avec ou sans fiducie (203; V. *Caius, 1 inst.* 175); enfin ce fut toujours l'ascendant émancipateur, lorsque sous Justinien (*text. hic.*) l'émancipation, simplifiée dans sa forme, fut censée, quant à ses effets, avoir été faite, comme on le dit ici (*quasi contracta fiducia*), par une véritable aliénation fiduciaire.

856. L'émancipateur, considéré comme patron, continua en cette qualité de succéder, à défaut d'héritiers siens, par préférence à tous autres parens; et cela, jusque sous Justinien qui, par une correction adaptée selon toute vraisemblance à une constitution de Dioclétien (*C.* 2, *de sc. tertyll.*), préféra les frères et sœurs de l'émancipé. (V. *Vinnius hic.*)

Justinien règle ainsi la succession de l'émancipé comme était déjà réglée, quant aux pécules, celle des fils de famille. Nous avons vu précédemment (556) que l'on avait permis à ces derniers de disposer par testament des biens castrans et quasi-castrans. Dès lors le fils de famille put avoir un héritier testamentaire, et cependant il n'avait point d'héritier légitime. A la mort du fils de famille intestat, la puissance paternelle reprenait son ancienne force sur les biens dont le défunt n'avait pas disposé, et le père de famille les prenait, non comme héritier, mais comme ancien et seul propriétaire (556).

Sous les empereurs de Constantinople, et lorsque les biens maternels, échus aux fils de famille, leur furent réservés au moins pour la nue propriété (516), alors ils commencèrent à transmettre ces mêmes biens à différens héritiers légitimes, savoir : 1° à leurs enfans ; 2° à leurs frères et sœurs ; 3° au père qui, dans ce cas, les recueille à titre de succession. (*Theod. et Val. C.* 3, *Leo et Anthem. C.* 4, *de bon. quæ lib.; Justin. C.* 11, *commun. de succ.*)

857. Quant aux biens castrans, comment les recueille-t-il dans la nouvelle législation ? JURE COMMUNI (*pr., quib. non est perm.*), c'est-à-dire comme les autres biens, et seulement à défaut de descendans et de frères ou sœurs (*nullis liberis vel fratribus superstitibus*). Ainsi, lorsque les biens castrans du fils de famille décédé sont acquis au père, c'est comme héritier que celui-ci les obtient, et non plus comme père de famille; car, s'il venait comme autrefois en vertu de sa puissance paternelle, il viendrait seul, et ne verrait passer avant lui ni les enfans, ni les frères et sœurs du défunt. (V. *Vinnius, hic* n° 2; *pr., quib. non est perm.*, n° 4.)

Ceci nous conduit naturellement à voir quels sont les droits de la mère.

TITRE III.

DU SÉNATUS-CONSULTE TERTULLIEN.

PR.

858. Les femmes, incapables d'exercer la puissance paternelle, n'ont jamais aucun héritier sien; elles n'ont pas même pour agnats les enfans qu'elles donnent au mari et à sa famille (*Caius, fr.* 196, § 1, *de verb.*

sign.): aussi, d'après la loi des Douze-Tables, point de succession réciproque entre la mère et les enfans (1). Comme parens au premier degré, le préteur les admettait les premiers à la possession des biens qu'il accorde aux cognats (*unde cognati*); toutefois le plus proche des parens n'arrive ainsi qu'en troisième ordre, à défaut d'héritier sien, et même après toutes les personnes à qui le préteur réserve, sous le titre de successeurs légitimes, le second rang qui leur est accordé par la loi civile. (V. *pr., de success. cogn.*)

§ I.

859. Claude est le premier par qui l'hérédité légitime, c'est-à-dire le droit de succéder d'après la loi civile, et comme les agnats eux-mêmes, ait été déférée (*matri*), non pas à la mère en général, mais à une mère en particulier (*ad solatium liberorum amissorum*), pour la consoler d'avoir perdu ses enfans, c'est-à-dire, je crois, tous ses enfans. (V. *Cujac., Jan. a Costa, hic.*)

§ II.

860. Ainsi la mère n'a obtenu le droit de succéder (*plenissime*) en règle générale que par le Sc. Tertullien, porté en 911, la vingtième année du règne d'Antonin-le-Pieux. C'est ce prince que notre texte appelle Adrien, du nom de son père adoptif.

Remarquez que le droit accordé à la mère ne s'étend pas à l'aïeule (*matri, non etiam aviæ*). Il importe peu que la mère soit *sui juris*, ou soumise à la puissance paternelle (2); néanmoins, il est d'autres conditions qu'elle devait remplir pour profiter du sénatus-consulte.

La première est d'avoir mis au jour plusieurs enfans nés vivans, à terme et de couches différentes. (V. *Paul. 4 sent.* 9, § 1 *et seq.*) Quant au nombre des enfans, voyez le texte.

§ IV.

La mère était quelquefois dispensée de cette condition, et admise par le prince à l'hérédité du seul enfant qu'elle aurait eu. (*Paul. 4 sent.* 9, § 9.) Cette indulgence

(1) *Text. hic; Caius* 3 *inst.* 24. La femme passait en certains cas dans la famille du mari (*in manu*); alors elle était considérée comme fille de ce dernier, et par suite comme sœur consanguine des enfans qu'elle lui avait donnés. (V. *Caius*, 1 *inst.* 111, 114.) En cette qualité de consanguins, la mère et ses enfans se succédaient respectivement comme héritiers légitimes. (*Caius*, 3 *inst.* 24; V. *Ulp.* 26 *reg.* 7.)

Les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien (§ 2, *h. t.; pr., de sc. orphit.*) ont voulu qu'ils se succédassent dans tous les cas, et alors même que la mère ne serait point passée dans la famille de son mari, SINE IN MANUM CONVENTIONE. (*Ulp.* 26 *reg.* 7.)

La femme passait *in manu mariti*, 1° par confarréation, c'est-à-dire par une cérémonie religieuse dans laquelle on employait un gâteau de farine; 2° par une vente fictive (*coemptio*) qui se faisait avec les solennités ordinaires de la mancipation. A défaut de confarréation et de coemption, la femme passait *in manu mariti*; 3° par une usucapion (*usu*) qui s'accomplissait après une année de mariage, mais qui se trouvait interrompue lorsque la femme s'était absentée pendant trois nuits du domicile marital. (*Caius*, 1 *inst.* 110, 111, 112 *et* 113; V. *Ulp.* 9 *reg.* 1.) Il pouvait donc se faire que la femme ne fût pas *in manu mariti*: c'est ce qui, à défaut de coemption et de confarréation, avait toujours lieu pendant la première année du mariage, et même pendant les années subséquentes, lorsque l'usucapion avait été interrompue: cependant le mariage n'en existait pas moins. En effet, Cicéron (*in topic.*) distingue deux sortes d'épouses: *Genus est enim uxor, ejus duæ formæ: una matrum familiarum; hæ sunt quæ in manum convenerunt: altera earum quæ tantummodo uxores habentur.* Il ne faut donc pas confondre les noces avec la puissance que le mari pouvait avoir ou ne pas avoir sur son épouse: cette puissance s'acquérait en effet de trois manières, *usu*, *farreo*, *coemptione* (*Caius*, 1 *inst.* 110); les noces au contraire se sont toujours formées par le simple consentement, sans aucune solennité de célébration. (V. *Ulp.* 5 *reg.* 2.) Ce que nous avons dit de l'usucapion était ou supprimé ou tombé en désuétude dès le temps de Caius; mais la confarréation et la coemption étaient encore usitées du temps d'Ulpien. (V. *Caius*, 1 *inst.* 111, 112 *et seqq.*; *Ulp.* 9 *reg.* 1.)

(2) *Text. hic; Paul. fr.* 6, *ad sc. Tertyl.* Sauf, dans ce dernier cas, à ne point faire adition sans le consentement de son père (*text. hic*; § 3, *per quas pers.*). D'après la loi des Douze-Tables, l'hérédité ne peut jamais être déférée *ab intestat* qu'aux personnes *sui juris*: en effet, les petits-enfans ne deviennent héritiers siens de l'aïeul paternel qu'après avoir perdu leur père (§ 2, 7 *et* 8, *de hered. quæ ab int.*); et dans la succession des agnats, les fils de famille sont nécessairement plus éloignés en degré que l'ascendant à la puissance duquel ils se trouvent soumis; ils sont donc exclus par ce dernier. Les Sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, en ouvrant un droit de succession réciproque entre la mère et ses enfans, dérogent au système de l'ancien droit: ce n'est plus dans la famille du défunt qu'on choisit les héritiers, mais dans une famille étrangère; et ceux qu'on choisit dans cette famille, peuvent y être soumis à la puissance paternelle. Aussi déclare-t-on expressément que cette circonstance n'empêche point la mère de succéder à ses enfans, *licet in potestate parentis sit* (*text. hic*), ni les enfans de succéder à leur mère, *etiam si alieno juri subjecti sint* (*pr., de sc. orphit.*).

fut transformée en règle générale, même avant Justinien, qui ne fait que confirmer ici (*text. hic*; *C.* 2, *de jur. liber.*) une constitution de Théodose. (*C.* 1, *eod.*)

§ VI.

861. La seconde condition, celle d'avoir demandé un tuteur pour l'enfant, ne devient obligatoire pour la mère qu'à sa majorité (*Diocl. et Max. C.* 2, *si advers. del.*), et ne doit lui être opposée que lorsque l'enfant qui n'aurait point été pourvu de tuteur, décède impubère (*Const. C.* 3, *de sc. tertyll.*); car, après la puberté, celui qui peut instituer un héritier testamentaire et qui ne l'institue pas, excuse assez évidemment la négligence maternelle.

Ce n'est pas seulement dans l'année (*intra annum*) qu'il faut avoir demandé un tuteur, mais le plus tôt possible; l'année est fixée ici comme un terme au-delà duquel on ne doit différer pour aucune raison. (V. *Ulp. fr.* 2, § 23 *et* 43, *ad sc. tertyll.*)

Cette nécessité d'avoir fait nommer un tuteur prouve que le sénatus-consulte avait en vue l'hérédité des enfans *sui juris*. En effet, les fils de famille n'avaient encore ni hérédité ni héritier légitime (856).

§ III.

Aussi notre texte, en indiquant le rang que la mère obtient dans la succession de sa fille, suppose que cette dernière serait décédée *sui juris*; tel est évidemment le sens des mots; *suæ mortuæ* (§ 3, *h. t.*).

862. La mère, placée au rang des agnats, ne venait, comme eux, qu'à défaut d'héritiers siens ou de personnes appelées comme tels en premier ordre (*text. hic*; *Ulp.* 26 *reg.* 8; *fr.* 2, § 6, *ad sc. tertyll.*). C'est l'hypothèse générale sur laquelle est fondée, du moins pour la succession du fils (1), tout ce qui regarde la mère et autres héritiers légitimes du second ordre. Dans cette hypothèse donc, l'enfant auquel la mère succède est une personne devenue *sui juris* avec ou sans diminution de tête.

Dans le premier cas l'émancipé, n'ayant plus d'agnats, n'avait pour héritier légitime que l'ascendant émancipateur, considéré comme patron: toutefois le préteur accordait aussi la possession de biens aux enfans de ce dernier, et par conséquent au père des petits-enfans émancipés par l'aïeul. Or, le père, soit qu'il se présente d'après le droit civil ou d'après le droit prétorien, empêche toujours la mère d'arriver à l'hérédité légitime (*text. hic*; *Ulp.* 26 *reg.* 8, *fr.* 2, § 16, *ad sc. tertyll.*; *Modest. fr.* 10, *de suis et legit.*); mais elle y vient avant l'aïeul émancipateur, lorsqu'il est seul (*scilicet cum inter eos solos, etc.*). Autrement, si le père se trouvait capable de recueillir au défaut de l'aïeul la succession prétorienne, la mère n'expulserait l'aïeul que pour être à son tour repoussée par le père; et alors, l'aïeul émancipateur reprendrait ses droits: il est plus court de les lui conserver directement, et dans ce cas le sénatus-consulte reste sans effet. (*Paul. fr.* 5, § 2, *ad sc. tertyll.*)

Quant aux enfans devenus *sui juris*, sans diminution de tête, ils n'ont plus d'ascendans mâles. La mère, admise parmi les agnats, serait la plus proche; cependant elle n'exclut que ceux du troisième degré, et ne concourt pas même avec tous ceux du second; toujours écartée par les frères consanguins, ce n'est qu'à leur défaut que la mère peut concourir avec les sœurs consanguines. (V. *text. hic*; *Ulp.* 26 *reg.* 8.)

Dans ces différens cas, les personnes préférées à la mère ne lui faisaient réellement obstacle qu'autant qu'elles recueillaient la succession. A leur refus, l'hérédité s'ouvrait pour la mère (*Ulp. fr.* 2, § 9 *et* 14, *ad sc. tertyll.*), la dévolution dans ce cas ayant été admise de tous temps (V. 853); et pareillement lorsque la mère refuse, l'hérédité est déférée à l'agnat qui se trouve le plus proche au moment de la répudiation. (*Ulp. fr.* 2, § 20 *et* 22, *eod.*)

863. Reste une observation importante: l'ancien droit civil, en préférant à la mère tous les agnats, lui préférait souvent des parens très-éloignés. Le Sc. Tertullien détruisit une injuste préférence; mais ce serait rétablir une préférence non moins injuste que de faire monter la mère au rang

(1) Les femmes n'ont jamais d'héritier sien; et ce n'est pas à ce titre, mais en vertu d'un sénatus-consulte dont il est question dans le titre suivant, que les enfans, et ensuite les petits-enfans d'une fille, ont été préférés, comme on le dit ici, à la mère de leur mère ou à leur aïeule.

des agnats, lorsqu'on laisse parmi les cognats certains parens avec qui la mère devrait tout au plus concourir sans jamais les exclure. Tels sont, par exemple, le fils ou la fille du défunt donnés par lui en adoption et restés jusqu'à sa mort dans la famille adoptive (834; V. § 10, *de hered quæ ab int.*) : à leur égard le Sc. Tertullien demeure sans effet. (V. *Ulp. fr.* 2, § 9, *ad sc. tertyl.*) Ainsi lorsqu'il ne se trouve aucun agnat qui empêche la possession de biens d'arriver jusqu'aux cognats, la mère ne l'empêche point par elle-même. Elle reste dans cette troisième classe, avec les enfans du défunt, et ils recueillent ensemble au lieu de l'hérédité, la possession de biens. (V. § 3, *de hered. quæ ab int.*; § 3, *de success. cogn.*)

Dans la succession des petits-enfans restés sous la puissance de leur aïeul, après l'adoption ou l'émancipation de leur père, on applique le même principe. (V. *Ulp. fr.* 2, § 17 *et* 18, *ad sc. tertyl.*) Le père émancipé et survivant se trouve relégué dans la classe des cognats; il y retient la mère et l'empêche de profiter du sénatus-consulte, à moins qu'elle n'en profite pour l'emporter sur un agnat, qui autrement exclurait tous les cognats et le père lui-même. (*Ulp. d. fr.* 2, § 17, 18 *et* 19, *eod.*)

§ V ET VII.

864. Le droit accordé à la mère n'est pas resté jusqu'à Justinien, tel qu'il résultait du Sc. Tertullien. Les princes rendirent plusieurs constitutions favorables aux mères qui n'avaient pas procréé autant d'enfans que l'exigeait le sénatus-consulte, et défavorables aux autres. On accordait aux premières un tiers; et réciproquement on retranchait un semblable tiers aux secondes, pour le donner à certains agnats que le sénatus-consulte excluait en totalité, c'est-à-dire à l'oncle, à ses fils et petits-fils. Ces constitutions sont restées dans le Code Théodosien. (V. *Constant. C.* 1; *Valent. et Val. C.* 2, *C. Th. de legit. her.*)

En réglant les droits de la mère par rapport aux frères et sœurs, le sénatus-consulte n'avait en vue que les consanguins, puisque eux seuls étaient appelés à l'hérédité légitime. L'assimilation des utérins aux consanguins fournit à Justinien l'occasion de quelques changemens faciles à saisir par le texte même.

Le § 7 sera expliqué avec le § 3 du titre suivant.

TITRE IV.

DU SÉNATUS-CONSULTE ORPHITIEN.

PR.

865. Le Sc. Tertullien n'avait point admis les enfans à l'hérédité maternelle. Ce n'est que vingt ans plus tard (1), et en vertu du Sc. Orphitien, qu'elle a été déférée aux fils et aux filles : considérés désormais comme agnats de la défunte (*pr., de success. cogn.*), ils se trouvèrent au premier degré et conséquemment ils durent passer avant tous autres héritiers légitimes, sans excepter les consanguins (*text. hic*; *Ulp.* 26 *reg.* 7; *Alex. C.* 1, *ad sc. orphit.*). Par la même raison ils devaient concourir avec leur aïeule, mère de la défunte, et, comme telle, antérieurement admise par le Sc. Tertullien; mais ici notre texte leur donne la préférence. Justinien, dans le titre précédent (§ 3, *de sc. tertyll.*), l'avait déjà dit : toutefois il fait dériver cette préférence (*ex constitutionibus*) de constitutions postérieures au sénatus-consulte Orphitien; ce sont les constitutions de Gratien, Valentinien et Théodose. (*C.* 4, *eod.*; *C.* 3, *C. Th. de legit. hered.*) En effet le Sc. Orphitien dérogeait à l'ancien droit civil, sans rien changer aux dispositions récentes du Sc. Tertullien, dont il est en quelque sorte la conséquence (*per contrarium, text. hic*). Ainsi, tant qu'il n'en fut pas autrement ordonné, la mère et les enfans de la défunte, tirant de ces deux sénatus-consultes un droit égal, vinrent à l'hérédité *pari jure* (*Paul.* 4 *sent.* 10, § 1), c'est-à-dire concurremment comme ils venaient auparavant à la possession de biens *unde cognati*. Néanmoins, et par les combinaisons mêmes des deux sénatus-consultes, la mère devait se trouver exclue de la succession de sa fille, lorsque celle-ci laissait des enfans et en outre un frère consan-

(1) L'an de Rome 931, pendant le règne de Marc-Aurèle et de Commode, sous le consulat de Julianus Rufus et de Gavius Orphitus. (V. *text. hic*; *Ulp.* 26 *reg.* 7.)

guin. Ce frère empêchait la mère de succéder en vertu du Sc. Tertullien (863); et comme il était lui-même exclu par les enfans (*text. hic*), l'hérédité déférée à ces derniers par le Sc. Orphitien l'était sans concurrence. Cette hypothèse est celle que décide Alexandre-Sévère. (*C. 1, ad sc. orphit.*) V. Vinnius, *hic*.

§ I.

866. La disposition du Sc. Tertullien étant applicable à la mère seulement, et non pas à l'aïeule (*matri non etiam aviæ*, § 2, *de sc. tertyll.*), le Sc. Orphitien avait admis par réciprocité (*per contrarium; pr., h. t.*), les fils et filles, sans aller jusqu'aux petits-enfans. Ils n'ont succédé à leur aïeule que beaucoup plus tard, sous Théodose; et c'est ici qu'il faudrait placer ce que Justinien a dit précédemment (§ 15 *et* 16, *de hered. quæ ab intest.*) sur l'hérédité de cette dernière.

§ II.

867. Le droit d'hérédité, réservé par la loi des Douze-Tables à la famille agnatique du défunt, resta long-temps renfermé dans ses bornes primitives, et ne suivait pas hors de la famille les membres qu'elle perdait par diminution de tête. Mais lorsqu'une législation plus récente a fait dépendre certaines hérédités du lien du sang, et les a déférées hors de l'agnation à de simples parens, ceux-ci ont pu, en changeant de famille, conserver des droits qui sont absolument indépendans du lien de famille (*Pompon*, *fr.* 11, *de suis et legit.*). De là vient la règle exprimée dans notre texte, règle qui n'est qu'une conséquence des principes développés au premier livre sur l'organisation de la famille civile. (V. *text. hic*, *Ulp.* 27 *reg.* 5; *fr.* 1, § 8, *ad sc. tertyll.*)

Nous reconnaîtrons donc ici deux systèmes de succession qui diffèrent entre eux comme l'agnation et la cognation dont ils dépendent. Aussi l'effet que la diminution de tête produira, soit quant aux anciennes, soit quant aux nouvelles hérédités, sera-t-il entièrement subordonné à l'effet qu'elle produit sur chacune des parentés civile et naturelle. En effet, la diminution de tête qui détruit la première sans altérer la seconde (§ 3, *de legit. agn. tut.*), suffit pour anéantir les droits que la loi des Douze-Tables attache à l'agnation, sans nuire à ceux que des lois postérieures, notamment les Sc. Tertullien et Orphitien, attachent à la simple cognation. Cette décision est indubitable lorsqu'il s'agit de la petite diminution de tête (*Ulp. fr.* 1, § 8, *ad sc. tertyll.*); mais le lien du sang et la cognation, tout indissolubles qu'ils sont, restent méconnus par le droit civil relativement aux citoyens qui perdent ce titre par la grande ou la moyenne diminution de tête (§ 7, *de cap. demin.*). Aussi, pour succéder, même en vertu du Sc. Tertullien, faut-il être citoyen au moment de l'adition (*Paul.* 4 *sent.* 10, § 3; *Ulp. fr.* 1, § 4, *ad sc. tertyll.*). En effet, si l'hérédité légitime n'est plus uniquement un droit de famille, elle n'a jamais cessé d'être un droit civil (V. *Paul.* 4 *sent.* 10, § 2.).

§ III.

868. Nous avons toujours distingué, sous le nom d'*agnation* et de *cognation*, deux parentés l'une civile entre les personnes du la même famille, l'autre naturelle entre les individus qui descendent d'un auteur commun (227). Comme les enfans peuvent être ou ne pas être dans la famille de leur père, il y a lieu de distinguer à son égard entre les enfans naturels et ceux qui tiennent à lui par les liens de famille et de puissance paternelle. Ces derniers trouvent une protection exclusive dans les dispositions de la loi civile qui, en s'attachant à l'état de famille, négligeait absolument les liens du sang. Aussi lorsqu'une autre branche de législation vint au secours des parens naturels, le préteur crut devoir les distinguer sous le titre de cognats (*unde cognati*), d'avec les personnes dites légitimes (*unde legitimi*). Le titre de légitime, opposé, dans l'édit du préteur, au titre de cognats ou parens naturels, n'a rien de commun avec la naissance des individus rangés dans l'une ou l'autre classe; il annonce uniquement l'origine des différens rapports fondés entre certaines personnes sur les dispositions de la loi, et entre certaines autres sur le lien du sang (1).

(1) LEGITIMI, *hoc est hi quibus* LEGITIMA *potuit deferri hereditas* (*Ulp. fr.* 1, *unde legit.*).—*Qui jure civili ad successionem admitti non possunt, id est, cognatos* (*Ulp. fr.* 1, *unde cogn.*).

La même expression, employée à l'égard des enfans d'un même père, désigne entre eux la même différence. Un citoyen *sui juris* a pour enfans légitimes tous ceux qui se trouvent sous sa puissance, et le titre de naturel s'applique sans distinction à tous les enfans qu'il a hors de sa famille. Si l'on s'est habitué à considérer les enfans comme légitimes ou comme naturels, selon qu'ils provenaient de justes noces ou d'un concubinat, c'est parce que, dans le premier cas, ils appartiennent toujours à une famille dont ils sont toujours exclus dans le second. Mais plusieurs combinaisons postérieures à la naissance viennent souvent déranger les rapports primitivement établis: nous en avons l'exemple dans la légitimation des enfans naturels. Ce n'est qu'en passant sous la puissance et dans la famille de leur père qu'ils acquièrent le titre d'enfans légitimes; tandis que pour perdre ce même titre il suffit, à ceux qui seraient nés *ex justis nuptiis*, de sortir de la famille: et en effet, Justinien (*Nov.* 81, *cap.* 2), pour conserver aux enfans devenus *sui juris* par l'effet de certaines dignités, tous les avantages qu'ils avaient dans la famille et comme membres de la famille paternelle, déclare qu'il ne veut pas leur faire perdre les droits d'enfans légitimes (*nolumus eos perdere aliquod legitimorum jus*), mais qu'au contraire il entend les leur conserver, comme s'ils ne devenaient *sui juris* qu'à la mort du père (199).

869. A l'égard de la mère, comme sa famille n'est jamais celle de ses enfans, il n'existe entre eux aucune parenté civile; elle ne pouvait tenir à ses descendans que par un seul lien, celui du sang, et dès lors on ne distingue pas entre des enfans qui sont tous naturels, et dont aucun ne peut être légitime dans le sens primitif de cette expression: on ne voit pas, en effet, que les enfans légitimés l'aient jamais été relativement à la mère; c'est le père qui légitime seul, et pour soi seul (1).

Relativement à la mère, les enfans se trouvent donc tous confondus, par une filiation également certaine, dans la classe des parens naturels; aussi le préteur les admet-il comme cognats, sans examiner s'ils sont issus, soit de justes noces, soit d'un concubinat, ou simplement *vulgo quæsiti*. (V. § 4, *de succ. cognat.*) Il en fut de même quant à l'hérédité légitime. Les liens de parenté civile et de famille, qui n'existent pas et ne peuvent pas exister, ne devinrent l'origine d'aucune différence. On ne connaît, à l'égard de la mère, qu'une seule classe d'enfans, ceux qu'elle a conçus et mis au monde: exclus par la loi des Douze-Tables, ils le furent tous; admis par les Sc. Tertullien et Orphitien, ils le sont encore tous sans aucune exception, même à l'égard de ceux qu'on appelle *vulgo quæsiti* (*text. hic*; § 7, *de sc. tertyll.*; *Paul.* 4 *sent.* 10, § 1; *Ulp. fr.* 1, § 2; *fr.* 2, § 1 et 3, *ad sc. tertyll.*); et tous, dès que le droit civil les eut admis à l'hérédité, cessèrent d'être considérés comme parens purement naturels, et entrèrent dans le nombre de ceux que le préteur appelle légitimes (V. *pr.*, *de succ. cogn.*; *Ulp. fr.* 2, § 4, *unde legit.*).

870. Lorsqu'il ne s'agit plus de la mère, les enfans *vulgo quæsiti* ou *spurii* forment une classe particulière. Nous avons vu précédemment qu'ils n'ont point de père certain (§ 12, *de nup.*); sous ce rapport ils diffèrent des enfans issus, soit du concubinat, soit des justes noces, enfans à l'égard desquels la paternité est également certaine. Toutefois elle produit, dans un cas, des effets civils qui n'existent pas dans l'autre. Les justes noces placent les enfans dans la famille et sous la puissance paternelle; alors ils sont siens et légitimes. Les autres restés hors de la famille sont enfans naturels d'un père qui, relativement à la puissance paternelle (*quantum ad patriam potestatem attinet*, *d.* § 12 *cod.*), n'existe pas pour eux. Mais, sous d'autres rapports, la filiation naturelle établit entre le père et les enfans des droits très-importans qui ne s'étendent jamais aux *spurii*. Voyez ce que nous avons dit précédemment sur la légitimation (164). Voyez aussi le titre du Code *de naturalibus liberis*.

Relativement à la mère, Justinien (*C.* 5, *ad sc. orphit.*) introduit aussi une dis-

(1) *Voyez* Zénon (*C.* 5, *de liber. nat.*), Anastase (*C.* 6, *eod.*) et Justinien (*C.* 7; *C.* 9, *pr. et* § 3; *C.* 10; *C.* 11 *in fin.*; *C.* 12, *eod.*; *Nov.* 12, *cap.* 4; *Nov.* 74, *præf. pr.* et § 1). Remarquez à cet égard que, dans tout le titre *de Naturalibus liberis*, on ne trouve pas une seule constitution relative à la mère. Toutes, sans exception, parlent du père et de lui seul, ainsi que les Novelles relatives à la légitimation des enfans naturels et à la portion de biens qu'on peut leur laisser. Il est donc vrai que la distinction des enfans légitimes et naturels n'a jamais existé qu'à l'égard du père et de la puissance paternelle.

tinction remarquable. Il veut que les spurii ne puissent rien recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament ou même ab intestat, d'une mère illustre (*ab illustribus matribus*) qui aurait d'autres enfans nés de justes noces. Du reste, Justinien n'établit aucune distinction entre ces derniers et les enfans que la mère aurait procréés, comme concubine, *ex licita consuetudine*.

§ IV.

871. Notre texte suppose ici d'après Marcien (*fr.* 9, *de suis et legit.*), que l'hérédité légitime déférée à plusieurs personnes concurremment aurait été appréhendée par quelques-unes seulement, et abandonnée par d'autres (*omiserint hereditatem*) auxquelles il serait désormais impossible de faire adition, soit parce qu'elles sont décédées, ou par tout autre motif. Il s'agit de savoir ce que deviendra, dans ce cas, la portion héréditaire qui avait été déférée à ces derniers. On décide qu'elle accroîtra (*reliquis qui adierint*) aux héritiers acceptans (*text. hic*; V. *Ulp.* 26 *reg.* 5). Ainsi comme nous l'avons déjà vu (680), ceux-ci en se portant héritiers acquièrent cette qualité, non-seulement pour la portion qui leur est personnellement attribuée, mais encore pour toutes les autres parts qui ne seront point recueillies par leurs concurrens.

872. Supposons encore, avec notre texte, que ceux qui ont fait adition, prédécèdent (*ante decesserint*), c'est-à-dire qu'ils décèdent avant les autres, ou plutôt avant que l'accroissement s'opère (*antequam adcresceret*; *Marcian. d. fr.* 9, *eod.*); il s'opèrera toujours, sinon pour ceux qui ont fait adition, du moins pour leurs propres héritiers (*heredibus eorum*). En effet, nous avons déjà dit (753) que l'accroissement a lieu de portion à portion, indépendamment de la personne, et en cela ce droit diffère essentiellement de la substitution qui appellerait un héritier à défaut d'un ou de plusieurs autres. La substitution, comme toute autre institution, ne défère l'hérédité qu'aux vivans : la répudiation ou le décès de l'institué ne peuvent donc profiter aux héritiers d'un substitué prédécédé. (*Marcian. d. fr.* 9 *eod.*; V. *Paul.* 4 *sent.* 8, § 26.)

Par suite du droit d'accroissement admis entre ceux à qui l'hérédité a été déférée concurremment, il est évident que la dévolution dont nous avons parlé ci-dessus (853) se restreint au cas où aucun d'eux ne deviendrait héritier. (V. *Ulp.* 26 *reg.* 5.)

TITRE V.

DE LA SUCCESSION DES COGNATS.

873. Nous avons parcouru jusqu'ici deux ordres de succession différens. Dans le premier, se sont trouvés d'abord, d'après la loi des Douze-Tables, les héritiers siens (§ 1 *et* 2, *de her. quæ ab int.*); ensuite avec eux (*inter suos heredes*), d'après le droit prétorien, les enfans séparés de la famille paternelle par l'effet d'une diminution de tête (§ 9 *et* 10, *eod.*); et enfin, d'après les constitutions du Bas-Empire, les enfans de la fille. (§ 15 *et* 16 *eod.*) Dans le second ordre réservé par la loi des Douze-Tables aux agnats, ont été admis (*in locum adgnatorum*) par les Sc. Tertullien et Orphitien (*supra dicta senatus-consulta*), la mère et ses enfans, par Justinien (§ 4, *de legit. agn. succ.*) tous les neveux et nièces du défunt. J'ai dit (820) que la même division conservée dans les possessions de biens prétoriennes s'y trouvait complétée par un troisième ordre. En effet, le droit honoraire admettait, 1° les enfans héritiers siens ou considérés comme tels; 2° (*post suos heredes eosque, etc.*) les héritiers légitimes, c'est-à-dire, outre les agnats, tous les parens que le droit civil appelle en second ordre; 3° (*post legitimos*) les plus proches parens ou cognats (*proximos cognatos*; *text. hic*; V. *Ulp. fr.* 1, § 1, *si tab. test. null.*).

Dans le second ordre on consulte la proximité de parenté; ainsi le plus proche agnat exclut les autres (*pr. et* § 1, *de legit. agnat. succ.*); mais la préférence que lui attribue sa proximité n'est que subsidiaire à celle que lui assure un titre particulier, le titre d'agnat; car cette qualité lui suffirait seule pour exclure d'autres parens plus proches que lui. (V. § 1, *h. t.*; § 12, *de grad.*) Réciproquement, si le défunt laissait un héritier sien, fût-ce un arrière-petit-fils, celui-ci exclurait les père et mère et tous les frères et sœurs de son bisaïeul (§ 11, *de grad. cogn.*). Il en est autrement dans la possession de biens que le

préteur accorde en troisième ordre (1). Il la donne aux parens et à tous les parens du défunt (*proximitatis nomine*, § 5, *h. t.*), sans autre préférence entre eux que celle qui résulterait de leur proximité avec le défunt. (V. *Ulp. fr.* 1, § 5, 6, 7 *et* 10, *unde cogn.*; V. *Diocl. et Max. C.* 1, *unde legit.*) C'est une dernière ressource que l'indulgence prétorienne ouvre à ceux que la rigueur du droit civil n'aurait point admis à l'hérédité. ((*Ulp. d. fr.* 1, *eod.*)

874. Cette ressource est la seule qui, jusqu'aux Sc. Tertullien et Orphitien, ouvrit à la mère et à ses enfans un droit de succession réciproque (*pr., de succ. cogn.*), c'est la seule qui, jusqu'à Théodose (§ 15, *de her. quæ ab intest.*; § 1, *de sc. orphit.*), permît aux petits-enfans de succéder à leurs aïeux maternels. Avant Justinien, les femmes n'avaient pas d'autre moyen pour succéder à leurs agnats, dont une jurisprudence intermédiaire (§ 3, *de legit. agn. succ.*) leur refusait l'hérédité; et sous Justinien même, l'agnation est encore un titre de préférence dont la privation relègue au troisième ordre tout parent qui ne serait pas maintenu ou appelé *inter legitimos* (§ 1, *h. t.*) par une exception formelle (V. § 4, *de leg. agnat. succ.*), notamment les agnats qui ont cessé de l'être.

§ I.

C'est ce qui arrive lorsqu'un d'entre eux change de famille (240): alors la petite diminution de tête rompt l'agnation; mais comme elle ne détruit pas la parenté naturelle (§ 3, *de legit. agn. tut.*; § 6, *de cap. dem.*), le préteur qui se contente de cette dernière admet en troisième ordre, et avec tous les autres parens, les agnats *capite minuti* (*text. hic*; *Ulp*, 28 *reg.* 9.).

875. Le préteur considère quelquefois la petite diminution de tête comme non avenue, et, sans y avoir égard, donne aux enfans qu'elle a séparés de la famille paternelle, les mêmes droits qu'aux enfans siens (832): s'il en était de même entre collatéraux, les agnats diminués de tête devraient venir en second ordre; mais la fiction prétorienne ne s'étend pas jusque là. Le préteur n'admet personne de sa propre autorité dans le second ordre qu'il se contente de réserver aux personnes appelées comme héritiers légitimes par le droit civil. Les agnats qui ont perdu ce titre ne peuvent donc se maintenir au second rang que lorsque le droit civil établit en leur faveur une exception spéciale. (V. *Caius*, 3 *inst.* 26 *et* 27; *Pompon fr.* 5, *unde cogn.*)

Nous avons expliqué (849) celle qui résulte ici de la constitution d'Anastase.

§ II.

876. Ce qu'on vient de dire pour les parens privés du titre d'agnat s'applique naturellement à ceux qui ne l'ont jamais eu. Ainsi les parens que le lien du sang unissait au défunt par les femmes ne lui succèdent qu'en troisième ordre. (*Caius*, 3 *inst.* 24 *et* 30.)

Nous avons vu précédemment les exceptions introduites en faveur des ascendans et descendans, par les Sc. Tertullien et Orphitien, et par les constitutions de Théodose (V. § 15 *et* 16, *de hered. quæ ab intest.*): aussi notre texte ne parle-t-il ici que des parens collatéraux (*ex transverso*). Toutefois, relativement à ces derniers, il faut encore remarquer le privilége accordé par Justinien (849) aux neveux et nièces du défunt. (V. § 4, *de legit. agnat. succ.*)

§ III.

Il existe encore un cas où les enfans ne viennent qu'en troisième ordre à la succession du père ou de l'aïeul paternel, c'est lorsqu'au décès de ce dernier ils se trouvent dans une famille adoptive (*text. hic*; § 13, *de hered. quæ ab intest.*).

Nous avons vu précédemment (840) le parti que Justinien (§ 14, *eod.*) a pris sur ce sujet. Notre texte cesse de s'appliquer à l'adoption proprement dite; mais il reste dans toute sa force pour l'émancipé qui se donnerait lui-même en adrogation. (V. § 10, *eod.*)

877. Quant à la famille adoptive, l'adopté est assimilé aux enfans que l'adoptant aurait eus *ex justis nuptiis* (185; § 8, *de adopt.*): de là résulte une parenté fictive

(1) *Tertio ordine* (§ 1, *h. t.*), et improprement *tertio gradu* (§ 2; V. § 3, *h. t.*), car le degré (*gradus*) ne se prend ordinairement que dans un sens relatif au calcul des générations. (V. § 7 *de grad. cogn.*)

qui, produisant tous les effets d'une parenté réelle, permet à l'adopté de venir en troisième ordre, comme tout autre parent, parmi les plus proches cognats, pour recueillir à ce titre la succession d'un frère ou d'une sœur adoptive. (V. *Julian. fr.* 3, *unde cogn.*)

Toutefois il importe de bien observer que cet effet de l'adoption n'est qu'une conséquence de l'agnation de l'adopté, c'est-à-dire de son agrégation à la famille de l'adoptant : aussi la parenté fictive dont nous parlons n'existe point avec tous les parens de ce dernier, mais seulement avec ses agnats et la fiction qui ne s'étend jamais hors de la famille adoptive, cesse pour tous ceux qui en sortiraient. C'est donc seulement envers les membres de cette famille, et tant qu'il y est lui-même compris, que l'adopté acquiert une parenté fictive. Il devient leur agnat (846), et par cela même leur cognat. (*Ulp. fr.* 1, § 4, *unde cogn.*; *Paul. fr.* 23, *de adopt.*) En perdant le premier titre il perd également le second, et par conséquent tout espoir d'arriver à la possession de biens, même en troisième ordre. (*Julian. d. fr.* 3 *unde cogn.*; V. § 2, 3 *et* 5, *de nupt.*)

D'après cela il paraîtrait impossible que l'adopté profitât jamais de la possession de biens qu'on lui accorde ici : car on la refuse à celui qui n'est plus agnat; mais l'adopté qui serait encore agnat devrait venir en cette qualité parmi les héritiers légitimes au second ordre; la place qu'on lui réserve au troisième semble donc inutile. A cet égard il faut se rappeler qu'avant Justinien (V. § 7, *de legit. agn. succ.*) le plus proche agnat avait sur l'hérédité ouverte en sa faveur un droit exclusif qui, à son défaut, ne passait point aux agnats du degré subséquent; ceux-ci, ne pouvant succéder comme héritiers légitimes, avaient donc intérêt de se présenter comme cognats en troisième ordre (§ 7 *de legit. agn. succ.*; V. *Caius*, 3 *inst.* 22).

878. Ils y sont toujours admissibles, parce que les agnats sont nécessairement cognats, tandis que réciproquement les cognats ne sont pas toujours agnats. (*Paul.* 4 *sent.* 8, § 14; *Modest. fr.* 5, *unde legit.*) Les premiers et les seconds diffèrent entre eux comme le genre et l'espèce. Le titre de cognat est générique; celui d'agnat est spécial; le premier s'étend à tous les parens, de quelque manière que leur parenté se soit formée (1); le second n'appartient qu'à certains parens, à ceux que le droit civil réunit dans une seule et même famille. (V. *Paul fr.* 10, § 4, *de grad. et affin.*)

§ IV.

879. Ce texte, en confirmant ce qu'on a dit précédemment (867), donne occasion de remarquer que les *spurii* succèdent à leur mère, ainsi qu'on l'a déjà vu (§ 3, *de sc orphit.*), et même à tous les parens maternels. (V. *Caius, Ulp. et Modest. fr.* 2, 4 *et* 8, *unde cogn.*) Quant aux parens paternels, il n'en existe pas pour ceux qui n'ont point de père connu : aussi me paraît-il certain que, de ce côté, les *vulgo quæsiti*, ne pouvant avoir aucun agnat (*text. hic*; V. *Ulp. fr.* 4, *unde cogn.*), ne doivent pareillement avoir aucun cognat.

880. Les enfans naturels, assimilés aux *spurii* sous le rapport de la puissance paternelle et des droits de famille qui en résultent, n'ont et ne peuvent avoir aucun agnat, jusqu'au moment où la légitimation les rendrait fils de famille : mais puisqu'ils ont un père certain, on reconnaît entre eux et lui une parenté naturelle; et rien, ce me semble, ne les empêche d'en profiter pour

(1) Elle peut se former, 1° indépendemment de tout lien civil, par le lien du sang, qui existe entre la mère et les enfans *vulgo concepti*; 2° sans aucun lien du sang, par la fiction civile de l'adoption; enfin, 3° la parenté se forme tout à la fois par le lien du sang et par le lien civil de famille, entre les enfans que le même père aurait eus *ex justis nuptiis*. C'est d'après cette observation de Modestinus (*fr.* 4, § 2, *de grad. et affin.*), que les interprètes ont cru devoir distinguer trois parentés, l'une purement civile, l'autre purement naturelle, tandis qu'ils donnent à la troisième le nom de parenté mixte. (V. *Vinnius*, *ad* § 1 *de nupt.*) On a quelque peine à concevoir cette classification tripartite, lorsqu'on observe que la parenté naturelle et la parenté civile réunies dans la parenté mixte peuvent former un double lien, sans qu'il existe une troisième parenté; mais la difficulté est bien plus grande encore lorsqu'on aperçoit que la parenté purement civile n'existe jamais seule; et en effet, l'adoption, en conférant l'agnation, ne la sépare jamais de la cognation. (*Paul. fr.* 23, *de adopt.*; *Ulp. fr.* 1, § 4. *unde cogn.*) Le fait est que les jurisconsultes romains n'ont jamais distingué que deux parentés, la cognation et l'agnation. Modestinus lui-même n'en reconnaît pas davantage (*bifariam*; *fr.* 4, § 2. *de grad.*), parce qu'il n'applique pas à la parenté même les distinctions qu'il fait sur son origine. La puissance paternelle résulte aussi des justes noces ou de l'adoption; si l'on raisonnait à cet égard comme les interprètes raisonnent sur la parenté, il faudrait reconnaître deux puissances paternelles, et peut-être trois, à cause de la légitimation.

se succéder réciproquement, comme cognats, en troisième ordre.

Quoi qu'il en soit, le droit des enfans naturels dans la succession d'un père décédé intestat et sans postérité légitime a été fixé par Justinien (*Nov.* 89, *cap.* 12, § 4) au sixième de la totalité des biens qui se partage par égales portions entre eux et leur mère.

§ V.

881. Remarquons ici une différence importante entre le troisième ordre de succession dont s'occupe notre titre, et les deux premiers ordres dont il a été précédemment question. La possession de biens que le préteur accorde au plus proche cognat (*proximitatis nomine*) ne s'étend point aux parens du huitième degré, et ne profite même pas à tous ceux du septième : ce bénéfice n'existe dans toute sa latitude que jusqu'au sixième degré inclusivement (*text. hic ; Ulp. fr.* 1, § 3, *unde cogn.; Papin fr.* 9 *eod.*). Dans le second ordre au contraire, les agnats appelés, soit à l'hérédité par la loi des Douze-Tables, soit à la possession de biens par le préteur, seraient admis, fussent-ils du huitième degré (*Papin. d. fr.* 9, *eod.*), ou même d'un degré plus éloigné, par exemple du dixième (*et si decimo gradu sit ; text. hic*) ; car suivant l'observation de Vinnius, le dixième degré n'est point ici mentionné comme une limite positive ; ce n'est qu'un exemple par lequel on veut indiquer un degré de parenté aussi éloigné que possible dans le cours ordinaire de la vie, sans exclure les degrés ultérieurs. En effet, lorsque Ulpien (*fr.* 2, § 1, *de suis et legit.*) définit les agnats à qui peut arriver l'hérédité, loin de borner cette qualité aux personnes de tel ou tel degré, il l'étend au contraire à l'infini (*cæteri, si qui sint... in infinitum*). D'autres textes s'accordent également pour admettre les agnats sans limitation de degré (*etiam longissimo gradu*, § 3 *de legit. agn. succ.; etiamsi longissimo gradu sit*, § 12 *de grad. cogn.*), tandis qu'aucune loi formelle n'autorise l'interprétation limitative que l'on voudrait donner ici à un passage purement énonciatif.

TITRE VI.

DES DEGRÉS DE PARENTÉ.

PR., § I, II, III ET VIII.

882. Ce qui vient d'être dit prouve suffisamment combien il importe de connaître les degrés qui déterminent la proximité de parenté entre les cognats, ainsi qu'entre les agnats (V. § 8, *h. t.*) ; toutefois le calcul de ces degrés n'offre aucune difficulté sérieuse. Sans rien ajouter à ce que j'ai dit précédemment (136), je renverrai donc ceux qui désireront de plus amples détails, aux différens textes que Paul nous a laissés sur cette matière. (V. *Paul.* 4 *sent.* 11 ; *fr.* 10, *de grad. et aff.*) Je joindrai quelques notes au texte, mais seulement lorsqu'elles seront nécessaires à son intelligence. Je n'ai donc rien à dire sur les § 1, 2 *et* 3.

§ IV.

883. *Consobrinus* et *consobrina* ne se prennent pas toujours dans la même acception. Le plus ordinairement cette dénomination s'applique entre cousins sans distinction (*text. hic ; Paul. fr.* 10, § 15, *de grad.*); mais quelques jurisconsultes la restreignent aux enfans de deux sœurs (*text. hic in fin.; Paul.* 4 *sent.* 11, § 4), en désignant par des noms particuliers les cousins nés de deux frères (*fratres patrueles*), ou d'un frère et d'une sœur (*amitinos.*)

§ V ET VI.

884. PROPIOR SOBRINO, c'est-à-dire le fils de mon grand-oncle ou de ma grand'tante (§ 5, *h. t.*), le cousin de mon père ou de ma mère, ainsi appelé parce qu'il est nécessairement d'un degré moins éloigné que son propre fils, qui serait mon *sobrinus* (§ 6, *h. t.*).

En effet, lorsque les cousins (*consobrini*, § 4, *h. t.*) ont des enfans, ces derniers se nomment entre eux *sobrini* (§ 6, *h. t.*).

§ VII.

885. Jusqu'au sixième degré, les parens se distinguent tous par une dénomination particulière, dont la langue du droit ne

fournit plus aucun exemple pour les degrés ultérieurs. (*Paul.* 4 *sent.* 11, § 7.) On se contente de les désigner par le degré qu'indique le nombre des générations, *quippe semper generata persona gradum adjiciat*. Appliquez donc ici ce que nous avons dit précédemment (136).

§ IX.

886. Les rédacteurs des Institutes, voulant placer ici le tableau des degrés de parenté, avaient laissé en blanc un espace qui paraît n'avoir jamais été rempli. On a cru qu'il séparait la fin d'un titre et le commencement de l'autre; en conséquence, plusieurs manuscrits font du paragraphe suivant le *principium* d'un titre particulier, qui, sous la rubrique *de servili cognatione*, devient le septième du troisième livre; ce qui recule d'un rang le titre *de successione libertorum* et tous ceux qui le suivent. Cette division a été adoptée par plusieurs éditeurs, assez mal à propos; car Justinien, après avoir parlé des esclaves dans un seul paragraphe (§ 10, *h. t.*), résume ensuite (§ 11 *et* 12, *h. t.*) tout ce qui a été dit dans les titres précédens, pour nous faire voir que les proches parens ne sont pas toujours les premiers appelés à succéder. Ce résumé forme évidemment la suite et la conséquence de ce qui vient d'être exposé sur les degrés de parenté. Je crois donc devoir considérer comme appartenant au titre VI que nous expliquons, les paragraphes qui suivent, jusqu'au titre *de successione libertorum* qui restera le septième: en cela je ne fais que me conformer aux meilleures éditions des Institutes de Justinien, notamment à celle de Cujas. Théophile, qui ne distingue pas non plus le titre *de servili cognatione*, déclare formellement (§ 2, *de except.*) que le titre *de litterarum obligatione* est le XXIe du livre 3: or ce titre deviendrait le XXIIe, si l'on distinguait ici la rubrique *de servili cognatione*. *Voyez* Ev. Otton, sur le § 10, *h. t.*

§ XI.

887. Justinien établit ici deux propositions suffisamment démontrées par tout ce qui précède, savoir: 1° que les parens du même degré ne succèdent pas toujours concurremment; 2° que le plus proche est souvent exclus par un plus éloigné. Ainsi, par exemple, les petits-enfans sont toujours préférés aux frères et sœurs du défunt, qui occupent comme eux le second degré, et même aux père et mère qui occuperaient le premier.

A cet égard il importe peu, dit notre texte, que les descendans soient ou ne soient pas sous la puissance du défunt à l'époque de la mort. Cela importait beaucoup, du moins d'après la loi des Douze-Tables, qui, n'admettant en premier ordre que les héritiers siens proprement dits, excluait nécessairement les émancipés, leurs enfans conçus après l'émancipation, et enfin toute la postérité des filles. Ici Justinien les assimile tous, parce qu'il parle simultanément des héritiers siens et de tous ceux *quos inter suos heredes enumeravimus*, c'est-à-dire des enfans qui, malgré leur émancipation ou celle de leur père, sont considérés comme héritiers siens par le droit honoraire (§ 9 *et seqq.*, *de hered. quæ ab intest.*), et de ceux que les constitutions impériales (§ 15, *et* 16 *eod.*) ont appelés *inter suos heredes* à la succession de leur aïeul maternel.

§ XII.

Lors même qu'il n'existe aucun descendant héritier sien ou considéré comme tel, le parent le plus proche peut encore être exclus par un plus éloigné; car il suffit d'être agnat du défunt pour l'emporter, sans distinction de degré, sur les simples cognats, du moins lorsque ceux-ci ne sont point assimilés aux agnats par une exception particulière. Justinien rappelle ici celle qu'Anastase avait accordée aux frères et sœurs émancipés; lui-même en a établi plusieurs autres. Voyez à cet égard ce que nous avons dit précédemment sur le § 4 *de leg. agn. succ.*

888. Conséquemment si les parens au même degré succèdent concurremment, et si le plus proche exclut les plus éloignés, ce n'est, à proprement parler, et comme nous l'avons déjà vu (873), que dans la possession de biens accordée *proximitatis nomine* (§ 2, 4 *et* 5, *de success. cogn.*) en troisième ordre (*tertio ordine*, § 1 *eod.*), c'est-à-dire lorsque personne ne succède en premier ordre, comme héritier sien, ou en second ordre, comme agnat (*text.*, *hic in fin.*; V. *pr.*, *de succ. cogn.*).

Daos ce cas la préférence appartieot aux plus proches parens, c'est-à-dire à ceux qui se trouvant conçus à l'époque du décès (*Ulp. fr.* 1, § 8; *Scævol. fr.* 10, *unde cogn.*), ne sont précédés par aucun autre à l'époque où se demande la possession de biens. (*Ulp. d. fr.* 1, § 6 *et* 7, *Julian. fr.* 3, *eod.*)

Relativemeot à l'hérédité légitime, on considère l'époque où il devient certain que le défunt n'aura point d'héritier testamentaire, et alors la priorité du degré détermine aussi la préférence des agnats entre eux (§ 5 *et* 6, *de legit. agn. succ.*), du moins lorsqu'il u'y a pas lieu d'appliquer les Sc. Tertullien et Orphitien. (V. § 3, *de sc. tertyll.*; *pr.*, *de sc. orphit.*)

§ X.

889. Le lien du sang forme entre les esclaves comme entre les hommes libres uue véritable parenté. (*Paul. fr.* 10, § 5, *de grad.*) Cependant cette parenté servile (*serviles cognationes*) ne profitait à personoe, lors même que les esclaves avaient cessé de l'être. Quoique devenus citoyens romains, ils n'avaient aucun pareut, ou plutôt s'ils avaient des psrens, le droit civil ne les reconnaissait pas; en un mot la parenté servile, qui suffisait pour empêcher les noces (§ 10, *de nupt.*), ne donnait aucun droit de succession, même entre citoyens romains. Le préteur lui-même ne la considère point comme un titre pour obtenir en troisième ordre la possessioo de biens qu'il accorde *proximitatis nomine* (*text. hic*; *Paul. d. fr.* 10, § 5, *de grad.*; *Ulp. fr.* 1, § 2, *unde cogn.*).

Jutsinieu déroge à cette rigueur par une constitution dont les dispositions serout mieux saisies, lorsque uous aurons vu dans le titre suivant comment se règle la succession des affranchis.

TITRE VII.

DE LA SUCCESSION DES AFFRANCHIS.

PR.

890. L'hérédité d'un affranchi est déférée par testament aux institués; ab intestat, elle appartenait d'après la loi des Douze-Tables aux héritiers siens : jusque-là nulle différence entre l'ingénu et l'affranchi. Mais le premier peut laisser des agnats, l'autre n'en a jamais; son patron lui en tenait lieu : c'est du moins ce que l'on peut induire de la disposition par laquelle la loi des Douze-tables déférait au patron l'hérédité légitime de l'affranchi décédé intestat sans aucun héritier sien (*text. hic*; V. *pr.*, *de legit. patron. tut.*; *Ulp.* 27 *reg.* 1, *fr.* 3, *de suis et legit.*; *Caius*, 3 *inst.* 40, 45).

Le femmes n'ont pas d'héritiers siens (668); ainsi leurs enfans n'empêchaicot jamais l'hérédité légitime d'arriver, d'après la loi des Douze-Tables, au patron de la défunte. (*Ulp.* 29 *reg.* 2.) D'un autre côté, celui-ci n'avait rien à redouter du testameut que l'affranchie, placée sous sa tutelle légitime et perpétuelle, ne pouvait faire qu'avec son autorisation. (*Caius* 3 *inst.* 43, 1 *inst.* 192.) L'affraochi, au contraire, pouvait facilement exclure son patron : il lui suffisait pour cela d'iostituer un héritier testamentaire, ou de preodre sous sa puissance un enfant adoptif, eo se donnant aiusi un héritier sien (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 40).

§ I.

891. Le droit honoraire fut le premier qui prévint cet abus.

Le préteur n'appela point le patron au préjudice des eufans naturels de l'affranchi : soit qu'ils se trouvent dans la famille du défunt, soit qu'ils eo aient été séparés par émancipation ou par adoption, il suffit que ces derniers succèdent, ou comme héritiers institués, ou comme ayant obtenu la possession de biens *contra tabulas*, il suffit, dis-je, que les enfans naturels succèdeot pour que le patron n'ait rieo à prétendre. Du reste, les enfans exhérédés n'étant admis ni à l'hérédité, ni à la possession de bieos *contra tabulas*, ne faisaient aucun obstacle au patron (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 41, *Ulp.* 29 *reg.* 1).

Quant aux enfaos adoptifs, le préteur voulut qu'ils ne pussent en aucuo cas exclure entièrement le patron : celui-ci, malgré l'existence d'un héritier sien adoptif, obtenait, à titre de possession de biens, la moitié de la succession de l'affranchi décédé intestat. Pareillement, dans le cas coutraire, la moitié qui n'aurait pas été laissée au patron par les dispositions testamentaires lui était encore accordée par une

possession de biens dite CONTRA TABULAS (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 41, *Ulp.* 29 *reg.* 1.).

892. Jusqu'à présent, il n'a été parlé que du patron. D'après la loi des Douze-Tables, les enfans du patron mâle avaient, à défaut de leur père, les mêmes droits que lui (*pr., de legit. patr. tut.*; V. *Caius*, 8 *inst.* 45). A cet égard, le sexe n'établissait aucune différence; mais le droit honoraire, en accordant au patron et à ses enfans mâles les possessions de biens dont nous venons de parler, les refusait à la patronne et aux filles du patron. Les femmes ne pouvaient donc succéder, soit à leurs propres affranchis soit à ceux de leur père, que conformément à la loi des Douze-Tables. La loi Pappia Poppea, plus indulgente, favorisa les femmes qui seraient devenues mères d'un certain nombre d'enfans, en étendant jusqu'à elles la possession de biens que le préteur réservait au patron et à ses enfans mâles. (*Ulp.* 29 *reg.* 5, 6 *et* 7; V. *Caius*, 3 *inst.* 46, 47 *et* 48).

§ II.

893. La loi Pappia Poppea, plus favorable aux patrons que la loi des Douze-Tables et le droit prétorien, veut qu'ils ne soient pas toujours exclus par les enfans. Elle accorde une part au patron, lorsque l'affranchi testat ou intestat laisse moins de trois enfans et un patrimoine d'une certaine valeur (*sestertium centum millium*). Alors le patron prend une part virile (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 32).

La loi Pappia Poppea n'accordait pas le même avantage à toutes les femmes dans la succession de leurs affranchis. On n'assimilait au patron que celles qui avaient procréé un certain nombre d'enfans, et dans ce cas même l'assimilation n'existait complètement que pour les ingénues. (*Caius* 3 *inst.* 50; V. *Ulp.* 29 *reg.* 6.)

§ III.

894. Remarquez dans ce texte comment Justinien évalue, pour le temps où il vivait, les cent mille sesterces de la loi Pappia Poppea, portée sous le règne d'Auguste.

Cette évaluation est encore nécessaire pour déterminer les droits du patron sur la succession de l'affranchi, mais seulement lorsque ce dernier laisse un testament; alors on distingue, d'après la fortune de l'affranchi, s'il est *minor centenariis*, ou *major centenariis*. Dans le premier cas, le patron n'a que ce que lui attribue le testament; dans le cas contraire, Justinien conserve au patron la possession des biens *contra tabulas* (891), mais en la réduisant de moitié au tiers. Du reste Justinien, comme le droit honoraire, ne permet pas que le patron profite de cette possession de biens au préjudice des enfans. Ce n'est qu'à défaut de ces derniers ou lorsqu'il ne leur reste aucun moyen de succéder, que le patron peut demander la possession de biens *contra tabulas*.

Ab intestat, on n'examine point la fortune de l'affranchi; quelle qu'en soit la valeur, le patron succède en second ordre, comme il succéderait d'après la loi des Douze-Tables, sans jamais concourir avec aucun enfant du défunt, n'en existât-il qu'un seul.

Ce qu'on a dit de l'affranchi (*libertus*) et de ses enfans, s'applique également à l'affranchie (*liberta*) et aux enfans qu'elle pouvait avoir. Pareillement la constitution de Justinien s'étend à la patronne comme au patron mâle.

895. A défaut de l'un comme de l'autre, leurs enfans et même leur parens jusqu'au cinquième degré succèdent à l'affranchi (*text. hic*), et l'on exclut tous les collatéraux que le lien du sang pourrait unir à ce dernier, mais qui ne lui succèdent jamais, parce que, comme nous l'avons vu (889), la parenté servile ne profite à personne. Les enfans eux-mêmes ne succédaient à leur père affranchi que lorsqu'ils avaient été conçus depuis la manumission. Mais Justinien, supprimant cette distinction, a voulu que la parenté servile suffît aux enfans de l'affranchi pour exclure le patron, *patronatus jure in hâc parte sopito* (§ 10, *de grad. cognat.*).

896. Observez que lorsque les enfans du patron succèdent à un affranchi, la préférence entre eux se détermine toujours par ordre de proximité, et ceux qui, étant au même degré, concourent ensemble, partagent toujours par têtes et non par souches. Il en est de même entre les collatéraux d'un ou de plusieurs patrons. Justinien (*text. in fin.*) ne fait que confirmer ici l'ancien droit. (V. *Caius*, 3 *inst.* 60, 61, 62; *Ulp.* 27 *reg.* 3 *et* 4; *Paul.* 3 *sent.* 2, § 3; *Julian. fr.* 23, § 1 *et* 2, *de bon. libert.*)

§ IV.

897. Les règles exposées jusqu'ici sur la succession des affranchis ne s'appliquaient autrefois que lorsque le défunt était citoyen romain.

Quant aux latins Juniens, ils n'avaient et ne pouvaient avoir aucun héritier. Le patron conservait sur leurs biens tous les droits qu'il aurait eus sur le pécule d'un esclave. Tout ce que l'affranchi pouvait avoir acquis était censé avoir toujours appartenu au patron et par conséquent avoir été compris dans sa propre succession lorsqu'il était prédécédé. Dans ce cas les biens de l'affranchi latin Junien n'étaient pas déférés, comme ceux d'un affranchi citoyen, aux enfans du patron, mais ils restaient aux héritiers de ce dernier. Or, il arrive souvent que les enfans ne soient pas héritiers; et, dans ce cas, le Sc. Largien voulut cependant les préférer aux externes qui auraient recueilli l'hérédité du patron, à moins que les enfans n'eussent été formellement exhérédés (*text. hic; V. Caius, 3 inst. 56 et seqq.*).

898. L'édit de Trajan, dont parle notre texte, concernait les affranchis latins Juniens, à qui le prince aurait accordé les droits de cité, malgré le patron ou à son insu. Citoyens romains pendant toute leur vie, ils étaient considérés à leur mort, et relativement au patron, comme étant toujours Latins, en sorte que celui-ci reprenait les biens par préférence aux enfans que le défunt aurait eus pendant qu'il jouissait du titre de citoyen (*text. hic; Caius, 3 inst. 72, 73*).

Quant aux déditices, et relativement aux biens par eux acquis, on considérait le défunt comme citoyen ou comme latin, suivant le mode d'affranchissement employé à son égard, et abstraction faite des autres causes qui l'avaient empêché d'obtenir l'un ou l'autre titre. (*Caius, 3 inst. 74.*)

Dans la législation justinienne, les affranchis sont tous citoyens romains (78).

TITRE VIII.

DE L'ASSIGNATION DES AFFRANCHIS.

899. Par exception à la règle qui, lorsque l'affranchi survit au patron, confère aux enfans de ce dernier les droits qu'il aurait eus sur la succession de l'affranchi, nous voyons ici ces mêmes droits attribués en totalité (*uni ex liberis*) à l'un des enfans, comme s'il était seul, ou comme s'il avait lui-même conféré la liberté à l'affranchi de son père (*ut is solus patronus habeatur*). En effet, ce n'est qu'autant que cet enfant meurt sans postérité (*nullis liberis relictis*), que les autres peuvent recouvrer le droit que leur attribue concurremment la règle générale. (V. *text. hic; Ulp. fr. 1, de assign. libert.*)

§ I.

Cette exception résulte du choix que le patron peut faire entre ses propres enfans lorsqu'il en a plusieurs (§ 2, *h. t.*), pour assigner l'affranchi (*assignare libertum, pr., h. t.*), de l'un ou de l'autre sexe (*libertum sed etiam libertatem, text. hic.*), soit à un fils ou petit-fils, soit à une fille ou petite-fille (*text. hic*); et cela quand même les petit-enfans retomberaient sous la puissance de leur père. (*Ulp. fr. 3, § 2 et 3, de assign. libert.*)

900. Le choix du patron n'est donc pas restreint entre ceux des enfans qui, se trouvant en égal degré, devraient, d'après la règle générale, succéder concurremment à l'affranchi de leur père. L'assignation faite au profit d'un descendant quelconque lui attribue la préférence, non-seulement sur tous autres descendans au même degré, mais encore sur ceux des degrés antérieurs. (*Ulp. d. fr. 3, pr. et § 1, eod.*)

§ II.

901. Ce qui a été dit jusqu'ici pour l'assignation d'un affranchi à l'un des enfans, n'empêche pas que l'on ne puisse assigner un ou plusieurs affranchis à un ou à plusieurs enfans (*Ulp. fr. 1, § 1, eod.*), pourvu toutefois que ces derniers soient fils de famille (*text. hic; Ponpon. fr. 13, § 1, de*

assign. libert.). Observez en effet que, d'après l'opinion la plus généralement admise par les jurisconsultes, et entre autres par Julien, l'émancipation de celui à qui l'affranchi aurait été assigné suffisait pour rendre l'assignation tout-à-fait inutile (*evanescere, text. hic.*).

Cependant l'émancipé profite de l'assignation qui serait faite, non pas uniquement pour lui, mais pour lui et pour un autre enfant resté dans la famille du patron. (*Modest. fr.* 9, *eod.*)

§ III.

902. La volonté d'assigner un affranchi n'est soumise à aucune solennité. Elle peut être manifestée verbalement ou par signe, entre vifs ou par acte de dernière volonté (*text. hic; Ulp. fr.* 1, § 3, *de assign. libert.*; V. *Scævol. fr.* 7, *eod.*); et pour révoquer une assignatiun déjà faite, il suffit aussi de manifester une volonté contraire. (*Ulp. fr.* 1, § 4, *eod.*)

903. Cette faculté d'assigner, et la latitude avec laquelle chacun peut l'exercer, dérive d'un sénatus-consulte dont Ulpien (*fr.* 1, *de assign. libert.*) nous a cuuservé le texte. Nous voyons ici que ce sénatus-consulte remonte au règne de Claude et au consulat de S. Rufus et de Scapula, c'est-à-dire à l'an de Rome 799.

TITRE IX.

DES POSSESSIONS DE BIENS.

PR.

904. Jusqu'ici nous avons examiné ce que devient, après la mort d'une personne, l'ensemble ou l'universalité des droits qui existaient pour elle ou contre elle; et nous avons vu ces droits, éteints par rapport au défunt, se continuer à l'égard d'une ou de plusieurs personnes vivantes qui prennent la place du décédé, le représentent et lui succèdent. Nous avons attribué à deux sources différentes (528), les règles d'après lesquelles cette succession s'opère, et de nombreux exemple ont confirmé la distinction de l'hérédité ou succession civile, avec la possession de biens ou succession prétorienne.

Dans la première, l'ancien droit civil ou la loi des Douze-Tables s'occupait moins de chercher des successeurs au défunt, que d'en choisir un petit nombre parmi ceux qui semblent se présenter le plus naturellement. L'hérédité était déférée par testament aux institués ab intestat, on y appelait, 1° les fils de famille, 2° les agnats les plus proches ou le patron et ses enfans. Après eux, nul ne succédait, et le défunt n'était représenté par personne; ses biens, restés vacans, devaient appartenir au fisc (471; V. § 9, *de usuc.*). Le droit prétorien, au contraire, s'attachait à ne point laisser le défunt sans successeur (*ne quis sine successore moreretur*, § 2, *h. t.*): aussi le droit de succession, restreint sous le titre d'hérédité, dans les étroites limites que lui assignaient les Douze-Tables, prit dans le droit honoraire, et sous le titre de possession de biens, une extension fondée sur l'équité (§ 2 *in fin.*, *h. t.*).

905. En s'attachant à des principes plus humains (1), les préteurs ne se contentèrent point de suppléer à l'insuffisance du droit civil; non-seulement leur système compléta celui de la loi des Douze-Tables, mais il en mitigea la rigueur (2). Ainsi, par exemple, après les héritiers siens et après les agnats, le droit honoraire établissait pour les plus proches parens un troisième ordre de succession absolument inconnu dans le droit civil (3); et en outre considérant comme héritiers siens plusieurs descendans à qui ce titre n'appartient pas réellement, il les appelait en premier ordre (*inter suos heredes; pr., de legit. agn. succ.; pr., de succ. cogn.*), soit pour concourir avec les véritables héritiers siens (831), soit pour exclure les agnats et autres successeurs du second ordre (845). C'est en considérant les possessious de biens sous ce rapport, que Justinien les présente ici comme ayant pour objet (*emendandi veteris juris gratia*) de corriger l'ancien droit; tandis que dans plusieurs autres cas, elles venaient simplement confirmer et appuyer

(1) *Humano proposito... Laudamus quidem prætores suæ humanitatis* (§ 3, *de legit. agn. succ.*).

(2) *Paulatim asperitatem juris corrigentes, sive quod deerat adimplentes* (d. § 3, *de legit. agn. succ.*

(3) *Omni alia successione incognita, donec prætores... alium ordinem suis edictis addiderunt* (§ 3, *de legit. agn. succ.*).

ses dispositions, ou suppléer à leur insuffisance. (*Papin. fr.* 7, *de just. et jur.*; V. § 1, *h. t.*; § 2 *in fin.*, *eod.*)

Les possessions de biens qui corrigent la rigueur du droit civil en matière d'hérédité, se donnent ab intestat, et même aussi lorsqu'il existe un testament (*text. hic*). Justinien ne rappelle ici aucun exemple des premières, sans doute parce que nous devons encore avoir sous les yeux ce qu'il a dit précédemment (§ 9, 10, 11 *et* 12, *de hered. quæ ab intest.*) sur la possession de biens *unde liberi*. Quant aux secondes, elles se donnent, soit (*contra tabulas*) pour empêcher l'effet du testament dans lequel les enfans qui sont héritiers siens ou considérés comme tels par le préteur n'auraient pas tous été institués ou déshérités (§ 3 *et* 4, *de exhered. liber.*; § 13, *de hered. quæ ab intest.*); soit au contraire (*secundum tabulas*) pour favoriser certaines institutions qui, d'après le droit civil, resteraient inutiles, notamment lorsque le testament, conforme au droit prétorien, ne réunirait pas toutes les solennités requises par le droit civil (531; V. *Ulp.* 28 *reg.* 6.), ou lorsqu'il aurait été infirmé par la diminution de tête du testateur (§ 6, *quib. mod. test. infirm.*). Il en est de même lorsqu'on a institué un posthume externe. Sur ce dernier exemple, il suffira, pour l'explication de notre texte, de recourir à celle que nous avons donnée précédemment (723) sur le § 28 *de legatis*.

906. Dans ces exemples et autres semblables, il faut observer que les préteurs, malgré l'importance des modifications qui résultent de leurs édits, ne dérogeaient point ouvertement à la loi. Ils profitent de son silence pour admettre les individus qu'elle omettait; mais la possession de biens n'a jamais été ouverte pour ceux que le droit civil aurait expressément exclus de l'hérédité. (*Ulp. fr.* 12, § 1, *de bon. poss.*)

§ I.

907. L'édit du préteur confirme le droit civil, lorsque les personnes qu'il appelle à la possession de biens sont pareillement appelées à l'hérédité.

Ainsi, par exemple, l'institution valable, d'après le droit honoraire, peut également valoir d'après le droit civil; et dans ce cas, les institués obtiennent et l'hérédité et la possession de biens *secundum tabulas* (*text. hic*; *Ulp. fr.* 2, § 4, *de p. b. sec. tab.*). Pareillement, lorsque l'on considère comme héritiers siens les enfans séparés de la famille paternelle, et lorsqu'on leur accorde, en cette qualité, la possession de biens *contra tabulas* ou *unde liberi* (831, 832, 837), ce n'est pas assurément pour la refuser aux fils de famille qui sont véritablement héritiers siens. Dans ces deux cas la possession de biens, en corrigeant le droit civil, relativement aux uns, le confirme relativement aux autres. Il existe même une possession de biens que le préteur donne à tous ceux qui seraient appelés à l'hérédité par le droit civil, et à eux seuls. C'est la possession UNDE LEGITIMI, qu'il accorde ab intestat aux agnats et autres personnes qui viennent comme eux en second ordre (*text. hic*; *Ulp. fr.* 2, § 4, *unde legit.*; *Paul. fr.* 3, *eod.*; V. *pr.*, *de succ. cogn.*).

Dans les différens cas dont nous venons de parler, la possession de biens n'est pas inutile pour les héritiers qui l'obtiennent. (V. *Caius*, 3 *inst.* 34.) Nous reviendrons plus tard, en parlant des interdits (V. § 1 *et* 3, *de interd.*), sur l'avantage qu'elle procure.

§ II.

908. Quant à ceux qui succèdent d'après le droit prétorien seulement, nous voyons qu'ils ne prennent point la qualité d'héritiers, mais celle de BONORUM POSSESSORES; et que ce titre leur impose toutes les obligations et leur attribue tous les droits d'un véritable héritier dont ils prennent la place, *loco heredum constituuntur* (*text. hic*; *Ulp.* 28 *reg.* 12 *et* 13; V. *fr.* 2, *de bon. poss.*).

§ III.

909. Examinons l'ordre établi par le droit honoraire entre les différentes possessions de biens.

Les préteurs, imitant l'exemple de la loi des Douze-Tables, règlent d'abord la succession testamentaire et ensuite celle des intestats (*text. hic*; *Ulp. fr.* 1, *si tab. test. null.*). Lorsqu'il existe un testament, deux possessions de biens se donnent, l'une malgré le testament et contre ses dispositions, l'autre conformément aux intentions du testateur. En effet, le préteur accorde la possession de biens *secundum tabulas* à

tous ceux qui sont valablement institués ; mais auparavant il faut savoir s'il n'y aurait pas lieu de rescinder le testament en faveur des enfans omis (*liberis prœteritis*) par leur père ou aïeul paternel : c'est donc uniquement à défaut de ceux-ci, lorsqu'ils décèdent ou laissent expirer le temps fixé pour demander la possession de biens *contra tabulas*, que les institués sont admis *secundum tabulas* (*text. hic*; *Ulp. fr.* 2, *de bon. poss. sec. tab.*).

910. Ab intestat, le texte énumère huit possessions de biens, dont deux ne souffrent aucune difficulté. Ce sont celles que l'on accorde, d'abord aux enfans (UNDE LIBERI), c'est-à-dire aux héritiers siens proprement dits ou considérés comme tels (*text. hic*) ; secondement aux héritiers légitimes (*legitimis heredibus*, *text. hic*; UNDE LEGITIMI, § 5, *h. t.*). Dans cette même énumération se trouve comprise une possession de biens à laquelle Justinien a déjà consacré un titre spécial (*tit.* 5), celle des cognats (*proximis cognatis*, *text. hic*; UNDE COGNATI, § 5, *h. t.*) ; mais ici, au lieu de se trouver en troisième ordre immédiatement après les deux précédentes, elle ne vient que la quatrième. Quelles sont donc les dix personnes que notre texte place au troisième rang après les heritiers légitimes? Ce sont dix cognats, que, dans un cas particulier, le préteur croit devoir préférer à l'un des héritiers légitimes (*extraneo manumissori.*).

911. Il faut supposer, en effet, que le défunt serait un ingénu devenu *sui juris* après avoir été mancipé à un acheteur étranger qui, l'ayant ensuite affranchi, aurait acquis par là tous les droits d'un véritable patron (201, 203). A ce titre il était admis à l'hérédité légitime, et par conséquent le préteur aurait dû lui donner en second ordre la possession de biens UNDE LEGITIMI ; cependant, par équité, le préteur crut devoir choisir parmi les parens de l'émancipé qui ne pouvait plus avoir aucun agnat, les dix personnes (UNDE DECEM PERSONÆ, § 4, *h. t.*) que notre texte désigne, pour les préférer, non pas au patron d'un véritable affranchi, ni au père considéré comme patron des enfans par lui émancipés, mais à l'étranger (*extraneo manumissori*) dont les droits reposaient uniquement sur un titre fictif sans aucun lien du sang. Toutefois, à défaut des dix cognats qu'on lui préfère, celui-ci aurait conservé, comme patron, la possession de biens que le préteur donne en second ordre à tout héritier légitime.

La possession de biens UNDE DECEM PERSONÆ, dérogeant à la précédente, n'était donc qu'une exception établie en faveur des cognats jusqu'au second degré de parenté inclusivement, pour un cas particulier, qui autrefois se présentait rarement (1), et qui, sous Justinien, ne peut plus se présenter. En effet, les enfans mancipés à un acheteur étranger étaient ordinairement rémancipés à leur père et affranchis par lui : c'est au père de famille qu'appartenait alors le titre de patron ; et c'est toujours à lui qu'il appartient dans la législation de Justinien, où l'émancipation est toujours réputée faite *quasi contracta fiducia* (203 ; § 8, *de legit. agn. succ.*) ; aussi verrons-nous la possession de biens UNDE DECEM PERSONÆ supprimée, comme totalement inutile (*supervacuam*, § 4, *h. t.*).

912. D'après ce qui précède, on voit que les cognats d'un ingénu lui succédaient en troisième ordre immédiatement après les héritiers légitimes, c'est-à-dire après les agnats du défunt devenu *sui juris* sans diminution de tête, ou après l'ascendant considéré comme patron des enfans émancipés *contracta fiducia*. Dans le cas contraire, il ne suffisait plus de distinguer entre les héritiers légitimes et les cognats de l'émancipé ; on subdivisait ces derniers en deux classes, dont l'une passait avant, et l'autre après le *manumissor extraneus*. Les dix cognats qui formaient la première classe obtenaient, à défaut d'enfans (*unde liberi*), la possession de biens UNDE DECEM PERSONÆ ; le patron étranger reprenait ensuite le droit qu'il avait comme héritier légitime à la possession de biens UNDE LEGITIMI ; et parce qu'il ne l'obtenait alors qu'en troisième ordre, les autres cognats se trouvaient nécessairement au quatrième. Tel est effectivement le rang que leur attribue notre texte.

913. Les parens d'un esclave ne succédant jamais à leur parent, même lorsqu'il

(1) Voilà sans doute pourquoi la possession de biens UNDE DECEM PERSONÆ se trouve passée sous silence dans Ulpien (28 *reg.* 7). Voyez dans la première partie du *juris civilis ecloga*, un reste des Institutes du même jurisconsulte.



était devenu libre (889), les préteurs avaient cru devoir établir pour la succession des affranchis plusieurs règles particulières. Ainsi, outre la possession de biens UNDE LEGITIMI dont le patron ou ses enfans profitaient comme héritiers légitimes (1), nous trouvons ici deux possessions de biens énumérées en cinquième et sixième ordre. La dernière n'offre aucune ambiguïté; nous voyons clairement qu'elle était donnée aux patrons de l'un ou de l'autre sexe, à leurs enfans (*liberis eorum*) et à leurs ascendans (*parentibus, text. hic*). On conçoit assez facilement l'utilité d'une possession de biens particulière pour les ascendans du patron, et pour les enfans de la patronne : n'étant point appelés à l'hérédité de l'affranchi, ils ne pouvaient pas venir en second ordre UNDE LEGITIMI; mais par la raison contraire, la patronne, le patron et ses enfans sembleraient inutilement rappelés dans un ordre inférieur. La difficulté augmente lorsqu'on cherche à qui, par préférence aux patrons, pouvait être donnée la possession de biens que notre texte énumère la cinquième, et qu'il désigne par des mots insignifians (2). Selon toute apparence, elle était destinée à la famille, c'est-à-dire aux agnats du patron. Théophile le dit expressément; et c'est d'après lui que je vais essayer d'expliquer l'usage de ces différentes possessions de biens, en avertissant d'abord qu'il est presque impossible de ne pas s'égarer dans un pareil labyrinthe (*inextricabili errore : § 5 in fin., h. t.*).

Le patron ou ses enfans, appelés à l'hérédité légitime, devaient régulièrement arriver en second ordre à la possession de biens UNDE LEGITIMI. Venaient ensuite, à leur défaut (TUM QUA EX FAMILIA), les agnats du patron; après ceux-ci, tous les enfans ou ascendans du patron et de la patronne, sans distinguer ceux qui seraient ou ne seraient pas héritiers légitimes. Or, il arrivait quelquefois que le patron ou ses enfans perdaient la possession de biens UNDE LEGITIMI, par exemple lorsqu'ils ne la demandaient pas dans le temps fixé (V. § 8, *h. t.*); alors ils pouvaient encore demander celles que notre texte énumère ici en cinquième et sixième ordre.

C'est ainsi que les héritiers siens, après avoir répudié la possession de biens UNDE LIBERI, pouvaient encore obtenir les possessions de biens UNDE LEGITIMI ou UNDE COGNATI. (*Ulp. fr.* 2, *unde legit.*; *fr.* 1, § 11, *de succ. ed.*)

914. Justinien, comme nous le verrons incessamment (§ 5 *et* 6, *h. t.*), a supprimé les possessions de biens qui concernent exclusivement la succession des affranchis intestats, c'est-à-dire, celles qui occupent ici le cinquième et le sixième rang, et en outre une dernière possession de biens accordée aux cognats du patron (*cognatis manumissoris, text. hic*; UNDE COGNATI MANUMISSORIS, § 6, *h. t.*), et que nous trouvons ici placée en huitième ordre, parce que le septième est réservé pour une possession de biens relative à la succession des ingénus comme à celle des affranchis.

En effet, l'époux survivant succédait à l'époux décédé intestat, immédiatement après les cognats du défunt; lorsqu'il était ingénu; ou, dans le cas contraire, immédiatement avant les cognats du patron. Tel était le but de la possession de biens UNDE VIR ET UXOR que le préteur accordait lorsque les époux se trouvaient unis par justes noces à l'époque du décès. (*Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 1, *unde vir. et ux.*)

§ IV, V ET VI.

915. Nous avons déjà vu (911) comment et pourquoi la possession de biens UNDE DECEM PERSONAE est devenue tout-à-fait superflue. Il serait surabondant de rien ajouter sur ce sujet. (V. § 4, *h. t.*)

Dans sa nouvelle législation, Justinien assimile la succession des affranchis à celle des ingénus (§ 5, *h. t.*; § 3 *in fin.*, *de succ. libert.*); c'est-à-dire qu'à défaut du patron, les parens de ce dernier (pourvu cependant qu'ils ne soient pas au-delà du cinquième degré) succéderont à l'affranchi, comme ils succéderaient au patron et dans le même ordre. Ainsi chacun d'eux, selon qu'il serait ou héritier légitime ou cognat de l'affranchissant, pourra obtenir, quant aux biens de l'affranchi, les possessions UNDE LEGITIMI ou UNDE COGNATI; et Justinien pense qu'elles doivent suffire, du moins ab intestat. En conséquence il supprime

(1) *Ulp. fr.* 3, *de suis et legit.* Voyez aussi le passage déjà cité des Institutes d'Ulpien.

(2) Insignifians et incertains, car les éditeurs ne s'accordent pas. Les uns écrivent TANQUAM EX FAMILIA; Cujas, TUM QUEM EX FAMILIA; *alii aliter*, dit Vinnius.

(§ 5 *et* 6, *h. t.*), ainsi que nous l'avons déjà dit (914), les possessions de biens énumérés ci-dessus (§ 3, *h. t.*) en cinquième, sixième et huitième ordre. Quant à la succession testamentaire, l'empereur conserve au patron la possession de biens CONTRA TABULAS (§ 5, *h. t.*), en la réduisant au tiers des biens de l'affranchi (891, 894; V. § 1 *et* 3, *de success. libert.*).

Les suppressions opérées par Justinien, en laissant subsister pour la succession testamentaire les deux possessions de biens CONTRA TABULAS et SECUNDUM TABULAS, réduisent à quatre les possessions de biens qui se donnent ab intestat, savoir :

UNDE LIBERI ;
UNDE LEGITIMI;
UNDE COGNATI (§ 4, *h. t.*) ;
UNDE VIR ET UXOR ;

en tout six possessions de biens (§ 6, *h. t.*).

916. Notre texte (§ 6, *in fin.*) les appelle ordinaires, parce que chacune d'elles se donne toujours à certaines personnes, dans un cas et dans un ordre spécialement déterminés.

§ VII.

Sous ce rapport, elles diffèrent d'une septième possession de biens à laquelle le préteur, sans assigner aucun rang particulier, appelle, par une clause générale de son édit, tous ceux (*quibus ut detur*) auxquels il serait obligé de donner la possession de biens pour exécuter les dispositions d'une loi, d'un sénatus-consulte ou d'une constitution quelconque, soit qu'il s'agisse d'une succession testamentaire ou de celle d'un ab intestat.

Cette possession de biens, dite UTI EX LEGIBUS, semblerait d'abord se confondre avec la possession de biens UNDE LEGITIMI. Toutefois, observez que la seconde se donne ab intestat à tous ceux que le droit civil reconnaît comme héritiers légitimes, tandis que, pour obtenir la première, il faudrait que le droit civil déférât spécialement la possession des biens (*Paul. fr.* 3, *unde legit.*; *Ulp. fr.* 1, § 2, *uti ex legib.*); et dans ce cas, on l'obtient suivant l'ordre où elle peut et doit être accordée. C'est ainsi que nous avons vu (893) la possession de biens déférée au patron en vertu de la loi Pappia Poppea ; c'est ainsi, je crois, que l'on obtient, en vertu d'un testament nuncupatif, la possession *secundum tabulas* (543). C'est ainsi que, ab intestat et d'après la constitution de Justinien (§ 10, *de grad. cogn.*), la parenté servile suffirait aux enfans du même père ou de la même mère pour se succéder entre eux comme cognats ; et lorsque Paul (*d. fr.* 3, *unde legit.*) permet à ceux qui obtiennent la possession de biens UTI EX LEGIBUS de la demander aussi comme héritiers légitimes, on peut croire qu'il suppose le concours des circonstances nécessaires, c'est-à-dire que le défunt serait mort ab intestat sans héritier sien.

§ VIII.

917. Les différentes possessions de biens dont nous avons parlé, et le rang que le préteur attribue à chacune, forment dans le droit honoraire *plures species successionum*, ou plusieurs ordres de personnes dont chacun peut successivement arriver à la possession de biens. Ainsi, par exemple, nous avons vu précédemment (*tit.* 5), la succession des cognats, c'est-à-dire le droit qui leur est accordé d'obtenir en troisième ordre la possession de biens, lorsqu'elle n'a été demandée par aucun de ceux à qui elle appartient en premier ou en second ordre. Mais ce n'est pas seulement d'un ordre à l'autre que la possession de biens passe successivement, c'est aussi de degré en degré, lorsque dans un seul et même ordre (*in unaquaque specie successionis*) il existe plusieurs parens, par exemple, plusieurs cognats de différens degrés (*plures dispari gradu personæ*) ; chacun d'eux serait appelé à défaut de celui ou de ceux qui précèdent, et le plus éloigné viendrait encore avant l'époux survivant.

Cependant, comme cette dévolution successive pourrait avoir de graves inconvéniens si les biens du défunt restaient trop long-temps sans maître, le préteur a cru devoir fixer, pour chacun de ceux qui sont appelés à la possession de biens, un délai déterminé (*certum tempus*), après lequel ils ne sont plus admis. De cette manière, la dévolution s'opère plus rapidement; les créanciers du défunt savent à qui s'adresser ; l'exercice de leurs actions n'est pas indéfiniment retardé, et par conséquent ils sont moins facilement admis à se

faire envoyer en possession des biens du défunt (1).

Ce délai est d'un an pour les enfans et les ascendans ; de cent jours pour les collatéraux (*text. hic in fin.* ; *Ulp. fr.* 1, § 8, 13 *et* 16, *de succ. ed.*). Observez que, dans l'un ou l'autre cas, le délai ne se compose que de jours utiles, c'est-à-dire que l'on examine, jour par jour, si les personnes à qui la possession de biens était déférée, l'ont su et ont pu la demander (§ 10, *h. t.* ; *Ulp. fr.* 2, *quis ordo*.).

§ IX.

918. A l'expiration du délai, celui qui n'a pas demandé la possession de biens perd le droit qui lui était déféré. Les personnes appelées concurremment avec lui profitent de sa part, qui accroît à la leur (*text. hic* ; *Ulp. fr.* 3, § 9, *de bon. poss.*) comme dans l'hérédité (871) ; et, à défaut de concurrens, le droit de demander la possession de biens passe aux successeurs du degré ou de l'ordre subséquent, comme s'ils n'étaient réellement précédés par personne, *ac si is qui præcedebat ex eo numero non esset* (*text. hic* ; *Ulp. fr.* 1, § 10, *de success. edict.*)

Les mêmes effets s'opèrent, même avant l'expiration du délai, dès que la possession de biens a été répudiée par celui à qui elle était déférée (*text. hic.* ; *Ulp. fr.* 1, § 6 *et* 10, *de succes. edict.* ; *Caius*, *fr.* 4, *de bon. poss.*).

919. Parmi les personnes à qui la possession de biens est déférée, il s'en trouve que le droit civil appelle également à l'hérédité. Ainsi, par exemple, les fils de famille du défunt, compris dans le nombre des enfans (*unde liberi*) que le préteur admet en premier ordre, sont héritiers siens de leur père. Satisfaits de ce titre, ils peuvent omettre la possession de biens, qui, d'après l'ordre successif précédemment exposé, serait alors déférée au plus proche agnat. Celui-ci l'obtiendrait en effet, s'il la demandait; mais en le plaçant (*loco heredis*, § 2, *h. t.*), le préteur ne pourrait pas l'empêcher d'être dépouillé de l'hérédité par le véritable héritier ; et alors la possession de biens accordée par le droit honoraire serait *sine re*. Il en est de même dans plusieurs autres cas, notamment lorsque l'institué ou le plus proche agnat, acceptant l'hérédité déférée soit par testament, soit ab intestat, néglige de demander la possession de biens : ceux qui l'obtiennent à leur défaut, l'obtiennent *sine re*, par opposition à ceux pour qui la possession de biens est effective (*cum re*), en ce sens qu'ils ne peuvent être évincés par aucun héritier. (*Caius*, 3 *inst.* 35, 36 *et* 37 ; *Ulp.* 28 *reg.* 13.)

§ X.

920. Nul ne devient jamais *bonorum possessor* malgré soi. (*Ulp. fr.* 3, § 3, *de bon. posses.*) Pour obtenir la possession de biens, il fallait se présenter devant le préteur, et la demander par des paroles solennelles (V. *Theoph. hic*) ; mais Justinien (*text. hic*) nous apprend que les constitutions de ses prédécesseurs ont supprimé la nécessité d'une demande formelle. Il suffit à cet égard d'une volonté manifestée par un indice quelconque *intra statuta tempora* (*text. hic*; V. *Const. C.* 8 *et* 9, *qui admitt. ad bon. possess.*).

APPENDICE.

EXPOSITION DES NOVELLES 118 ET 127.

921. Le système de succession introduit par la loi des Douze-Tables, et successivement modifié par le droit prétorien, par l'interprétation des prudens (§ 3, *de legit. agn. succ.*), par les Sc. Tertullien et Orphitieu, par les constitutions de Théodose (§ 15 *et* 16, *de hered. quæ ab int.*), d'Anastase (§ 1, *de succ. cogn.*), et surtout de Justinien (§ 4, *de legit. agn. succ.*), n'était plus, dans le Bas-Empire, qu'une de ces règles générales dont l'existence nécessite des exceptions multipliées et sans cesse renouvelées. Justinien crut enfin devoir refondre cette partie de la législation en substituant un système nouveau, mais uniforme, à celui que tant de dérogations successives avaient compliqué, déna-

(1) *Ne facile in possessionem bonorum defuncti mittantur, et eo modo sibi consulant* (*text. hic* ; V. *Ulp. fr.* 1, *de success. edict.*). *Voyez* ci-après, titre XII, l'explication du *pr.*, et observez que cette possession des biens du débiteur par ses créanciers (*possessio bonorum*) n'a rien de commun avec les possessions de biens (*bonorum possessio*) qui forme l'objet du présent titre. (V. *Ulp. fr.* 3, § 1, *de bon. poss.*)

turé, et cependant conservé jusqu'à l'année 540.

Cette époque est celle où parut la Novelle 118, dans laquelle Justinien établit ab intestat trois ordres de succession : le premier pour les descendans, le second pour les ascendans, et le dernier pour les collatéraux (*d. Nov.*, *præf.*, *in fin.*).

CHAPITRE I.

922. Les descendans succèdent à l'exclusion de tous autres parens; et quand même le défunt serait décédé fils de famille, les biens dont il était propriétaire passeraient toujours à ses enfans, par préférence au père de famille, sauf néanmoins l'usufruit réservé à ce dernier sur les biens adventifs (516), conformément aux règles antérieurement exposées. (V. § 1 *et* 2, *per quas pers.*, 924.)

La préférence donnée aux enfans du défunt sur tous autres parens, leur est attribuée sans distinction de sexe ou de degré, sans examiner s'ils sont ou ne sont pas de la famille. Ainsi les enfans de la fille succèdent à leur aïeul maternel, comme ceux du fils à leur aïeul paternel; et l'émancipation ne produit, à cet égard, aucune différence.

Les fils et filles succèdent par têtes; les enfans d'un fils ou d'une fille prédécédés représentent leur père ou leur mère, et prennent dans l'hérédité la part que l'un ou l'autre prendrait s'il était vivant. Ainsi, les petits-enfans partagent par souches. (*Nov.* 118, *cap.* 1.)

CHAPITRE II.

923. A défaut de descendans, les ascendans succèdent, tantôt seuls, tantôt avec quelques-uns des frères ou des sœurs.

Dans l'un ou l'autre cas, l'ascendant le plus proche exclut toujours ceux qui sont plus éloignés. Plusieurs ascendans du même degré succèdent concurremment, mais ne partagent point par tête. Les ascendans paternels ont une moitié, et les ascendans maternels l'autre moitié, quel que soit le nombre des premiers ou des seconds.

924. Pour savoir dans quel cas les ascendans succèdent seuls, il faut distinguer parmi les frères et sœurs du défunt ceux qui seraient nés des mêmes père et mère que lui; ceux qui, nés du même père, auraient une autre mère; enfin ceux qui seraient nés de la même mère, et de pères différens. Nous appellerons les premiers frères germains, les seconds frères consanguins, et les derniers frères utérins.

Les ascendans succèdent seuls lorsqu'il n'existe point de frère ou sœur germains. Dans le cas contraire, ceux-ci concourent avec les ascendans les plus proches. Ils partagent par têtes, même lorsqu'ils concourent avec leurs propres père et mère; et dans ce cas, circonstance remarquable, le père de famille, succédant avec les enfans soumis à sa puissance, n'a point l'usufruit des biens que recueillent ces derniers.

CHAPITRE III.

Lorsqu'il ne reste aucun ascendant, l'hérédité est déférée aux frères ou sœurs germains, et après eux aux autres frères ou sœurs, consanguins ou utérins, sans distinction.

925. Les enfans d'un frère ou d'une sœur prédécédés prennent la place, les droits et la part qu'auraient prise leurs père ou mère. En conséquence, les neveux et nièces du défunt, toujours préférés aux oncles et tantes de ce dernier, concourent avec ses frères ou sœurs survivans, c'est-à-dire avec leurs propres oncles ou tantes, les écartent ou sont écartés par eux, suivant que leur père ou mère auraient été dans le cas de concourir avec d'autres frères ou sœurs, de les exclure ou d'être exclus par eux.

Le frère ou la sœur prédécédé n'est jamais représenté par ses petits-enfans, mais par ses fils ou filles : eux seuls prennent, dans la succession de leurs oncle ou tante, la place de leurs père ou mère; et même, en leur accordant ce bénéfice, Justinien ne le leur a pas d'abord accordé dans toute sa plénitude. En effet, nous avons vu (924) que les frères et sœurs germains ont le privilége d'exclure les autres frères ou sœurs, et même de concourir avec les ascendans; et néanmoins, lorsque le défunt laissait un ou plusieurs ascendans, les enfans de frères ou sœurs germains prédécédés ne pouvaient pas obtenir la portion qu'aurait eue leurs père ou mère. La Novelle 118 le défend expressément; mais, huit ans après, Justinien supprima lui-

même cette distioction (*Nov.* 127), et la présence des ascendans n'empêcha plus les neveux et nièces de prendre la place de leurs père et mère.

926. Lorsqu'un aïeul ne laisse que des petits-enfans qui se trouvent tous en égal degré, ceux-ci, prenant la place de leurs père et mère, partagent toujours par souches. Pour le décider ainsi sous l'empire de la Novelle 118, il suffit d'appliquer ici le principe consacré dans l'ancien droit à l'égard des héritiers siens (828). En est-il de même pour les neveux et nièces, lorsqu'il ne reste ni frère ni sœur : ainsi, par exemple, lorsqu'un oncle laisse trois neveux, dont l'un est fils unique, tandis que les deux autres ont le même père ou la même mère, le partage se fera-t-il par têtes ou par souches? chacun des trois neveux prendra-t-il un tiers, ou bien au contraire donnera-t-on la moitié au premier, et le quart à chacun des deux autres? Cette question, que Justinien laisse indécise, a partagé les interprètes et les tribunaux. Azon s'était prononcé pour le partage par têtes, Accurse pour le partage par souches, et Vinnius, après avoir soutenu la première opinion, est revenu à la seconde.

927. Lorsque le défunt ne laisse ni frères ni sœurs, ni neveux ou nièces, l'hérédité appartient au plus proche parent; et ceux qui, à égalité de degré, succèdent concurremment, partagent toujours par têtes. (*Nov.* 118, *cap.* 3, § 1.)

CHAPITRE IV.

928. D'après ce qui précède, on voit qu'il n'existe plus aucune différence entre les parens. Soit qu'ils appartiennent ou non à la même famille, ils exercent tous les mêmes droits, et n'ont plus qu'un seul titre, celui de cognats, l'agnation étant expressément supprimée par Justinien.

CHAPITRE V.

929. Nous avons vu (224) la tutelle légitime déférée, comme l'hérédité, au plus proche agnat du pupille ingénu, ou au patron de l'impubère affranchi, et Justinien (*pr., de legit. patron. tut.*) nous a lui-même prévenu que les fonctions de tuteur sont la conséquence du titre d'héritier présomptif, du moins lorsqu'il ne s'agit pas des femmes; car les femmes appelées à l'hérédité n'étaient pas également appelées à la tutelle (*d. pr., in fin.*)

En conservant ce principe, Justinien décide que la tutelle légitime sera déférée aux parens mâles d'après les règles nouvellement établies pour l'hérédité, les femmes restant écartées de la tutelle. Toutefois il excepte la mère et l'aïeule du pupille; l'une ou l'autre obtiendront la tutelle légitime dans le même ordre que l'hérédité, c'est-à-dire par préférence aux collatéraux, et pourvu qu'il n'existe aucun tuteur testamentaire; car autrement la tutelle testamentaire exclut la tutelle légitime (224).

La Novelle 118 est la première constitution qui ait admis l'aïeule aux fonctions de tutrice; mais d'après une constitution de Théodose (*C.* 2, *quando mul. tut.*), étendue et confirmée par Justinien (*C* 2, *eod.; Nov.* 94, *cap.* 2), la mère, à défaut de tout autre tuteur légitime, pouvait demander et obtenir la tutelle de ses enfans, lorsqu'elle renonçait à se remarier. Justinien exige que la mère et l'aïeule renoncent aux secondes noces, et en outre au bénéfice du Sc. Velléin.

CHAPITRE VI.

930. Après avoir posé, sur l'ordre des successions, les règles précédentes, Justinien déclare qu'elles seront exclusivement applicables aux catholiques; cette décision confirme la règle antérieurement établie contre les hérétiques, règle qui les rend incapables de recueillir aucune succession (719).

TITRE X.

DE L'ACQUISITION PAR ADROGATION.

PR.

931. L'hérédité et la possession de biens dont nous avons parlé jusqu'à présent, dérivent, l'une de la loi des Douze-Tables, l'autre du droit prétorien. Ici se présente une troisième manière d'acquérir par universalité, qui diffère des deux autres par son origine. Elle a été introduite par ce consentement tacite qui constitue le droit

non écrit (*text. hic; tacito jure, Ulp. fr.* 15, *de adopt.*). Ce n'est, en effet, qu'une conséquence de la puissance paternelle dont l'adrogation investit l'adrogeant (*pr.*, § 1 *et* 11, *de adopt.*).

§ I.

932. Dans chaque famille particulière, c'est-à-dire dans chaque réunion de personnes soumises à la puissance d'un même chef, il n'existait jamais qu'un seul maître, qu'un seul propriétaire (103). En conséquence, toutes les propriétés acquises par une personne *alieni juris* appartenaient toujours au père de famille (515). Réciproquement, lorsqu'un individu *sui juris* passait sous la puissance d'autrui, il devait nécessairement y passer avec tous les droits qui, par lui, se réunissaient au patrimoine de sa nouvelle famille.

Les Institutes nous offrent, d'après l'ancien droit, deux applications de ce principe, relatives, l'une à la puissance paternelle (*pr.*, *h. t.*), l'autre à la puissance dominicale (§ 1, *de success. subl.*).

933. L'adrogeant acquérait tous les biens, c'est-à-dire toutes les choses corporelles dont l'adrogé se trouvait propriétaire, et même tous les droits ou choses incorporelles qui appartenaient à ce dernier (*text. hic; Papin. fr.* 11, § 2, *de b. p. sec. tab.*); par exemple le droit de puissance qu'il avait lui-même sur ses propres enfans (§ 11, *de adopt.*; *Ulp. fr.* 15, *de adopt.*). Il en est de même des créances de l'adrogé (*quæque ei debitæ sunt*); elles sont acquises à l'adoptant, parce qu'en général toutes les obligations contractées envers un fils de famille sont acquises au chef de la famille (*pr., per quas pers. nob. oblig.*; § 1, *de stip. serv.*).

Toutefois l'adrogé subit par l'adrogation même une diminution de tête qui éteint quelques-uns de ses droits; et alors évidemment ces derniers ne passent point à l'adrogeant. Celui-ci ne profitait donc pas de l'usufruit ou de l'usage constitués en faveur de l'adrogé; car ces droits s'éteignaient toujours par toute diminution de tête de l'usufruitier ou de l'usager (436). Sous Justinien, il n'en est plus de même : la grande et la moyenne diminutions de têtes seules font cesser l'usufruit et l'usage; mais il est d'autres droits qui s'éteignent encore par la petite diminution de tête, et conséquemment ne passent jamais à l'adrogeant. Justinien cite pour exemple le droit d'agnation et les obligations qu'il appelle *operarum*.

934. L'adrogé entré dans la famille de l'adrogeant devient l'agnat de tous les membres dont cette famille se compose (§ 2, *de legit. agn. succ.*) : réciproquement, les membres de sa famille primitive ont cessé, à compter de l'adrogation, d'être les agnats de l'adrogé; aucun lien d'agnation ne peut donc s'établir, par l'adrogé entre eux et l'adrogeant.

935. L'obligation dite *operarum* consiste dans une sorte de corvées auxquelles les affranchis peuvent être soumis envers leur patron, et qui les astreint à certains travaux fabriles ou à certains devoirs officieux. Le droit d'exiger ces derniers étant exclusivement attaché à la personne du patron, et ne se transmettant à aucune autre, pas même aux héritiers (*Ulp. fr.* 6, *fr.* 9, § 1, *de oper. serv.*), il n'est pas étonnant que l'adrogeant n'en profite pas; mais ce que dit ici Justinien ne saurait évidemment s'appliquer aux travaux fabriles, dont l'obligation rentre dans la classe des obligations ordinaires. Toutefois, ce passage, que Justinien a extrait de Caïus (3 *inst.* 83), aurait besoin d'un éclaircissement que Théophile promet, sans le donner. Je me contenterai donc de dire avec Vinnius : *locus difficilis*; cependant voyez *Janus a Costa*.

§ II.

936. Lorsque la puissance paternelle, modifiée dans ses effets, a cessé d'attribuer au père de famille la pleine et entière propriété des biens acquis par les enfans soumis à sa puissance, le droit du père adoptif a été restreint comme celui du père naturel. Par une conséquence nécessaire des principes exposés ci-dessus (516), l'acquisition de l'adrogeant devait se borner, et elle se borne effectivement à l'usufruit des biens de l'adrogé.

Cependant il acquiert la propriété même (*etiam dominium*) lorsque l'adrogé meurt dans la famille adoptive. C'est alors un droit de succession que le père adoptif obtient comme le père naturel et dans le même ordre, c'est-à-dire à défaut de descendans et de frères ou sœurs (556, 857).

§ III.

937. Les créances de l'adrogé sont directement acquises à l'adrogeant (*pleno jure* § 1, *h. t.*) ; mais, par une différence remarquable, ce dernier ne devient pas débiteur de ce que devait l'adrogé. S'il est poursuivi, ce n'est qu'indirectement, au nom et du chef de son fils adoptif (*nomine filii*); alors il est indirectement forcé de satisfaire les créanciers, qui autrement (*si noluerit eum defendere*) pourraient saisir les biens de l'adrogé pour les faire vendre dans les formes légales (*text. hic* ; V. *pr.*, *de succ. subl.* ; *Caius*, 3 *inst.* 84.).

Cette différence entre les créances et les dettes de l'adrogé coïncide encore avec les effets de la puissance paternelle, relativement aux obligations contractées soit par un fils de famille, soit envers lui. Le père de famille créancier de quiconque s'oblige envers les individus soumis à sa puissance (§ 1, *de stip. serv.* ; *pr.*, *per quas pers. nob. obl.* ; V. § 2 *et* 3, *de injur.*), et cependant ceux-ci, lorsqu'ils s'obligent, n'obligent pas leur père ou leur maître, du moins d'après le droit civil : c'est le droit prétorien qui permet aux créanciers d'agir contre le père ou le maître, jusqu'à concurrence de ce dont ils ont profité. (V. § 4, *quod cum eo* ; *Ulp. fr.* 42, *de pecul.*)

TITRE XI.

DE CELUI A QUI LES BIENS SONT ADJUGÉS POUR VALIDER LES AFFRANCHISSEMENS.

938. Justinien, en s'occupant dans le titre précédent des effets de l'adrogation, a interrompu ce qui restait à dire sur la transmission en masse et par universalité, des biens et des droits d'une personne décédée. Nous avons vu l'hérédité déférée par testament aux institués s'ouvrir à défaut de ceux-ci, pour d'autres successeurs que la loi civile ou le préteur appellent ab intestat. Enfin les biens restés vacans appartiennent au fisc ; et si le fisc lui-même les abandonne, alors les biens du défunt que personne ne représente, peuvent être vendus par les créanciers (*pr.*, *de success. subl.* ; V. *Diocl. et Max. C.* 5, *de bon. auct. jud.*).

939. Dans cette position, la vente des biens peut encore être empêchée par la survenance d'un successeur qui se présenterait en vertu d'une constitution dont Justinien (§ 1, *h. t.*) relate ici la teneur.

§ I.

C'est un rescrit de Marc-Aurèle et voici quelle en a été l'occasion : Virginius Valens laisse un testament dans lequel la liberté avait été donnée à plusieurs esclaves. L'hérédité testamentaire n'est point acceptée par les institués, et alors aucun des esclaves ne peut obtenir la liberté que le défunt lui avait accordée. (*Sever. et Anton.*, *C.* 2, *de test. man.*) Non-seulement Virginius Valens n'a point d'héritier testamentaire, mais il ne trouve, ab intestat, aucun successeur (*nemine successore ab intestato existente*) ; et les biens sont dans le cas d'être vendus par les créanciers, *in ea causa esse cœperunt ut væniri debeant.*

Un certain Pompilius Rufus demande que les biens lui soient attribués en faveur des affranchissemens qu'il maintiendra conformément à la volonté du testateur, sans distinguer entre les esclaves affranchis directement ou par fidéicommis. Marc-Aurèle l'autorise à se présenter devant le magistrat compétent (*is cujus de ea re notio est*), pour se faire adjuger les biens, mais à la condition toutefois de garantir aux créanciers le paiement intégral de ce qui leur est dû (*si idoneæ creditoribus*, *etc.*).

940. Dans ce cas, les esclaves que l'institué était chargé d'affranchir, doivent être affranchis par l'adjudicataire, et ceux que le testateur avait affranchis directement, deviennent libres, comme si l'hérédité avait été acceptée par l'institué (*ac si hereditas adita esset*) : par conséquent ces derniers n'ont point d'autre patron que le défunt (805). Cependant, sur la demande de l'adjudicataire, et avec le consentement des esclaves *quorum de statu agitur*, l'adjudication peut être faite sous la condition expresse que tous les affranchis auront l'adjudicataire pour patron.

PR.

941. Justinien suppose ici que l'adjudicataire serait un des esclaves affranchis par le testateur (*qui libertatem acceperunt*), et c'est à eux en effet que s'appliquait le rescrit de Marc-Aurèle ; mais on l'a étendu

aux étrangers. (*Gordian. C.* 6, *de testam. man.*)

§ II.

942. Lorsque les biens sont ainsi adjugés (*hac de causa*) ils ne peuvent plus être vendus comme biens vacans, par les créanciers du défunt (*cessat bonorum venditio*), parce que l'adjudicataire répond à leurs demandes comme y répondrait le débiteur même ou ses héritiers. C'est en ce sens, d'après notre texte, qu'il existe un *defensor* que les créanciers doivent admettre comme tel à prendre fait et cause pour le défunt, parce qu'il est *idoneus*, c'est-à-dire qu'il présente les garanties et la solvabilité nécessaires. (V. § 5, *de satisdat.*)

En désintéressant les créanciers, et en empêchant la vente des biens, on a voulu épargner un affront à la mémoire du testateur, et en même temps assurer aux esclaves, malgré l'abandon du testament, la liberté qui leur était destinée (*text. hic*, § 6 *h. t.*). Si l'on applique la constitution de Marc-Aurèle, ce n'est que pour atteindre ce double but.

Ainsi l'adjudication n'aura pas lieu, relativement aux biens du testateur qui dans son testament n'affranchirait aucun esclave (§ 3 *et* 6, *h. t.*).

§ IV.

943. D'autre part le défunt n'est exposé à aucun affront, et ses biens ne sont jamais dans le cas d'être vendus sous son nom, lorsque sa succession a été recueillie soit en vertu du testament, soit même ab intestat. La constitution de Marc-Aurèle, d'après les expressions mêmes du rescrit, se restreint au cas où le défunt devenu intestat resterait sans aucun successeur (1). Il faut donc être certain de n'en trouver aucun; le doute, en conservant l'espoir d'un successeur quelconque, suffirait pour suspendre l'application du rescrit (*text. hic; Ulp. fr.* 4, *de fideic. lib.*).

§ V.

Cette application commence lorsque tous ceux qui pouvaient recueillir la succession l'ont refusée; et cela quand même il serait possible que dans la suite leur répudiation fût considérée comme non avenue, en vertu du secours que le préteur accorde quelquefois aux mineurs de vingt-cinq ans (681, 684). Dans le cas où l'un d'eux serait remis dans l'état où il se trouvait avant de répudier, il pourrait sans doute reprendre l'hérédité, mais non pas faire rentrer en servitude les esclaves qui, par suite de l'adjudication, seraient devenus libres (*text. hic; Ulp. fr.* 4, § 1 *et* 2, *de fideic. libert.*). En effet, la liberté, une fois acquise, ne se révoque jamais. (V. *Ulp. fr.* 32, *de man. test.*; *Sever. et Anton.*, *C.* 3, *de test. man.*)

§ III.

944. Le rescrit de Marc-Aurèle parle des affranchisssemens testamentaires, et l'on a étendu le même bénéfice aux esclaves à qui la liberté serait laissée par codicille. A cet égard, remarquez une différence entre les codicilles, suivant que leur auteur décède testat ou intestat. Dans le premier cas, l'application du rescrit n'a souffert aucun doute (*nemini dubium est*); dans le second, on la considère comme une faveur (*favor constitutionis*).

§ VI.

945. L'extension donnée à cette faveur est portée ici, hors des termes de la constitution de Marc-Aurèle, jusque sur les affranchissemens accordés à cause de mort ou entre vifs, afin d'empêcher qu'ils ne soient annulés, comme faits en fraude des créanciers. Voyez ce que nous avons dit précédemment (83) sur le titre *qui et ex quib. causis, etc.*

(1) *Text. hic*; V. § 1, *h. t.* Ainsi les affranchissemens testamentaires restent sans aucun effet, lorsque l'hérédité abandonnée par les institués est recueillie ab intestat, ne fût-ce que par le fisc; car, dans le cas où le fisc succède, les biens ne restant pas vacans et ne pouvant pas être vendus par les créanciers, la constitution de Marc-Aurèle est sans application. (*Papin. fr.* 50, *de man. test.*) Il en est autrement lorsque le fisc veut se faire adjuger les biens dont les créanciers seraient déjà saisis et qui se trouveraient dans le cas d'être vendus par eux. Dans ce cas, il en est du fisc comme de tout autre adjudicataire; il ne peut obtenir les biens qu'à la charge de maintenir tous les affranchissemens : c'est en ce sens qu'il faut entendre la dernière partie du rescrit. (V. § 1, *h. t.*; *Ulp. fr.* 4, § 17, *de fideic. libert.*, *Pothier*, *pand. just.*, *XL*, *IV*, 80.)

§ VII.

946. Justinien a considérablement ajouté au rescrit de Marc-Aurèle, par une constitution (*C.* 15, *de test. man.*) dont l'analyse n'offrirait ici qu'un très-médiocre intérêt. Je crois donc devoir, comme Justinien lui-même, renvoyer au texte original de cette constitution.

TITRE XII.

DES SUCCESSIONS SUPPRIMÉES.

PR.

947. Les biens du débiteur peuvent être vendus sur la poursuite des créanciers, soit après sa mort, lorsqu'il n'existe aucun successeur (*Diocl. et Max. C.* 5, *de bon. auct. jud.*), soit pendant sa vie, lorsqu'il se cache (*latitat*) et que personne ne s'offre à prendre son fait et cause (*Ulp. fr.* 7, § 1, *quib. ex caus.*), lorsqu'il a fait la cession de biens (*Diocl. et Max. C.* 4, *qui bon. ced. poss.*) dont nous parlerons plus loin (V. § 40, *de act.*), et lorsqu'il n'exécute pas, dans le délai déterminé, les condamnations prononcées contre lui. (V. *Caius*, 3 *inst.* 78.)

948. Autrefois la totalité des biens se vendait en masse, avec des solennités dont le détail se trouve dans Théophile, ainsi que dans Caïus (3 *inst.* 79), et par suite desquelles le *bonorum emptor* se trouvait assimilé au *bonorum possessor*. L'un et l'autre, en effet, sont des successeurs prétoriens qui exercent, et contre qui s'exercent, sous le titre d'actions utiles, toutes les actions de celui dont ils ont acquis le patrimoine.

L'usage de ces ventes solennelles a cessé. Les créanciers demandent d'abord un envoi en possession, qui place les biens sous leur surveillance; et ensuite, à l'expiration d'un délai dont la durée nous est inconnue, ils obtiennent l'autorisation de vendre. (*Diocl. et Max. C.* 9 *de bon. auct. jud.*)

949. Justinien attribue la désuétude des ventes solennelles à un changement survenu dans la forme des procédures, lorsque les *judicia extraordinaria* ont remplacé les *judicia ordinaria*. Cette distinction se présentera encore plus tard (§ 8, *de interd.*), et nous aurons alors, pour expliquer, des notions sur lesquelles je crois ne devoir pas anticiper. Voyez toutefois ce qu'en a dit Théophile.

§ I.

950. Lorsqu'une personne *sui juris* devient esclave, elle doit passer sous la puissance de son maître, comme l'adrogé sous la puissance de l'adrogeant, c'est-à-dire avec tous les biens qui lui appartiennent, et de là résulte une acquisition par universalité, analogue à celle dont nous avons parlé au titre X. A cet égard, notre texte n'a besoin d'aucune explication.

951. Remarquez toutefois, dans le cas particulier dont il s'agit, que le Sc. Claudien semblerait avoir pour objet de punir la débauche à laquelle une femme libre s'abandonnerait avec l'esclave d'autrui; telle est du moins l'idée que donnent les expressions de Justinien (*servili amore bachata*). Les sentences de Paul présentent la chose sous un aspect entièrement différent. On aperçoit que le sénatus-consulte voulait empêcher les femmes libres de lier leur sort à celui d'un esclave malgré le maître de ce dernier. En effet, la femme ne perdait sa liberté que lorsqu'elle persévérait dans cette union, après plusieurs avertissemens donnés par le maître. (V. *Paul.* 2 *sent.* 21, § 1 *et seqq.*; *fr.* 27, *depos.*; *Caius* 1 *inst.* 84, 91, 160; *Ulp.* 11, *reg.* 11.)

TITRE XIII.

DES OBLIGATIONS.

952. Jusqu'ici nous avons traité de la propriété; c'est à son occasion et en examinant les différentes manières de l'acquérir, qu'on a parlé de l'hérédité, de la possession de biens, des effets de l'adrogation et de plusieurs successions qui transportent à une personne tous les droits et conséquemment tous les biens qui appartenaient à une autre. Les obligations, dont nous commençons à nous occuper, n'ont plus le même but; il n'entre pas dans leur nature de faire qu'une chose soit nôtre et nous appartienne. (*Paul. fr.* 3, *de obl. et act.*) L'obligation ne déplace et ne transporte pas le domaine; elle ne l'ôte et ne l'attribue à personne;

seulement elle établit entre divers individus un lien, un rapport, qui astreint l'une des parties envers l'autre à donner (*ad dandum aliquid*), à faire (*vel faciendum*) ou à PRESTER (*vel præstandum*, *Paul. d. fr.* 3) ce qui forme l'objet de l'obligation.

Ainsi, par exemple, relativement à une maison, le débiteur est tenu de la *donner* toutes les fois qu'il doit en rendre le créancier propriétaire; car DARE signifie spécialement conférer la propriété (487; § 14, *de action.*); et par cela même qu'il faut donner, il devient évident que l'obligation n'opère pas la translation qu'elle rend nécessaire. En effet, le créancier, s'il était déjà propriétaire, ne pourrait pas acquérir une seconde fois le même objet: l'obligation de donner, ou la nécessité de conférer une propriété au créancier, suppose donc que cette propriété ne lui appartient pas encore (*d.* § 14, *de act.*; V. § 2, *de inutil. stipul.*; § 10, *de legat.*)

La maison que nous venons de considérer comme objet de l'obligation de donner deviendrait l'objet d'un obligation qui astreint à *faire*, dans le cas où il s'agirait, non plus de sa *dation*, mais, par exemple, de sa construction ou de sa réparation, etc. (V. § 21, *de legat.*; § 4, *de locat. cond.*) Enfin il y aurait obligation de *prester*, pour celui qui serait astreint à livrer la maison sans être précisément tenu de transférer la propriété en même temps que la possession. Telle est notamment l'obligation du vendeur envers l'acheteur (1).

953. L'obligation, ainsi nommée du verbe *ligare*, constitue un lien de droit (*vinculum juris*) dont nous sommes tenus (*adstringimur*) jusqu'au moment où l'obligation est exécutée; alors le lien est rompu et les personnes sont respectivement déliées. En effet, le verbe *solvere*, appliqué à l'obligation même, exprime son extinction et la dissolution du lien qu'elle avait formé. (*Paul. fr.* 54, *de solut.*) Appliqué aux personnes, il indique qu'elles sont libérées et dégagées. (V. *Papin. fr.* 116, *de verb. obl.*; *Ulp. fr.* 16. *de accept.*) Relativement à la chose pour laquelle les parties sont engagées, le verbe *solvere*, qui souvent indique un paiement (V. *pr.*; *quib. mod. toll. obl.*), peut aussi se référer, dans un sens plus étendu, à l'accomplissement de tout ce qui doit être donné, fait ou presté. (V. *Ulp. fr.* 176, *de verb. sign.*) C'est dans ce dernier sens que l'obligation, suivant notre texte, nous conduit à la nécessité *alicujus rei solvendæ*. (V. 1105.)

En effet, les liens qui résultent de l'obligation ne sont pas de nature à subsister indéfiniment; l'obligé peut les dissoudre en exécutant l'obligation, et non-seulement il le peut, mais il le doit, et s'y trouve contraint malgré lui (*secundum jura civitatis nostræ*) par les moyens que donne le droit civil.

Le principal moyen consiste dans une *action* accordée à celui qui veut faire exécuter l'obligation, contre celui qui s'y refuse; et s'il existe des engagemens, par exemple, des conventions, d'où il ne puisse naître aucune action, ces conventions sortent de la classe des obligations civiles ou obligations proprement dites (V. *Ulp. fr.* 7, § 2 *et* 4, *de pact.*); on les nomme *obligations naturelles* (1097, 1108, 1109). Pour le moment, nous n'avons à considérer ici que les obligations proprement dites; dans ce sens l'obligation devient inséparable de l'action d'où elle tire sa force (1).

Parler d'une obligation et de l'action qu'elle produit, ce ne sera donc traiter qu'un seul et même objet; aussi, après avoir parlé, dans ce troisième livre et dans les cinq premiers titres du quatrième, de différentes obligations, Justinien ne reviendra point sur les actions personnelles qui en résultent; celles dont il sera question au titre *de actionibus* n'y figureront que pour faire connaître certaines obligations dont les titres précédens n'ont fait aucune mention. (V. § 8 *et seqq.*, *de action.*)

§ I.

954. La force que l'action donne à l'obligation lui est toujours attribuée par le droit civil, en ce sens qu'elle ne résulte jamais du droit des gens, et sous ce rapport, les obligations proprement dites sont toujours obligations civiles; mais le droit civil luimême se distingue en droit honoraire et

(1) V. *Ulp. fr.* 11, § 1 *et* 2, *de act. empt.* Le mot *præstare* a souvent plusieurs autres acceptions dont le sens n'est pas bien précisé.

(1) Dans les Pandectes, on s'occupe des obligations et des actions sous un même et seul titre (*de obligationibus et actionibus*). *Voy.* Cujas sur Papinien (*fr.* 95, § 4, *de solution.*).

droit civil proprement dit (38), selon qu'il est établi, soit par les édits des magistrats, soit par les lois proprement dites ou par les sénatus-consultes et par les constitutions *quæ legis vicem obtinent* (§ 7, *de except.*; V. *pr., de perp. et temp.*). Cette distiuction, si fréquente relativemeut à l'origine des différentes institutions romaines, s'applique notamment aux actions (§ 3, 8 *et seqq., de act.*) et, par suite, aux obligations. Ces dernières sont prétoriennes ou civiles, comme l'action qui en résulte, et suivant que celle-ci serait établie et autorisée, ou par le droit honoraire, ou par le droit civil proprement dit.

§ II.

955. Les obligations, soit civiles, soit prétoriennes, ne se forment pas toutes de la même manière; elles tirent leur existence de différentes causes ou circonstances dout le caractère et le nombre ne sont pas coustatés avec toute la certitude et toute la précision désirables. En effet, Modestiuus (*fr.* 52, *de obl. et act.*) énumère un assez grand nombre de sources, tandis que Caïus, dans ses Institutes 3 (*inst.* 88), n'en reconnalt que deux, le coutrat et le délit; mais, dans un autre ouvrage (1), ce même jurisconsulte (*fr.* 1, *de obl. et act.*) ajoute que les obligations naissent *proprio quodam jure ex variis causarum figuris*. Cette locution vague et obscure s'explique, mais imparfaitement, par uu autre texte (*fr.* 5, *eod.*) où Caïus s'occupe de plusieurs obligations nées de circonstances qui, à proprement parler, ne constituent ni contrats ni délits, mais qui cependant ne sont pas dépourvues de toute analogie soit avec les uus, soit avec les autres; et de là le jurisconsulte conclut que dans ces différentes circonstances on est tenu, comme on le serait, tantôt par un contrat (*quasi ex contractu... quasi ex mutui datione*), tantôt par un délit (*quasi ex maleficio teneri; d. fr.* 5, § 1, 3 *et* 4, *eod.*). Ainsi, dans le sens de Caïus, les obligations naissent des contrats et des délits, comme de deux sources principales à chacune desquelles se réfèrent improprement plusieurs obligations qui ne dérivent ui de l'une ui de l'autre. (V. 1086, 1087.)

(1) Rerum Cottidianarum sive Aurearum (V. *fr.* 1, 4 *et* 5, *de obl. et act.*, § 6, *proœm inst.*).

Telle est la division que Justinien emprunte, mais sans la suivre exactement, lorsqu'il énumère quatre classes d'obligations, la première pour les contrats, la troisième pour les délits, les seconde et quatrième pour certaines obligations qui se formeut comme par un contrat (*quasi ex contractu*), ou comme par un délit (*quasi ex maleficio*).

956. Occupous-nous d'abord des contrats. Justinien les subdivise encore en quatre branches : en effet, les contrats se forment par la remise d'une chose (*re*), par des expressions solennelles que les parties doivent prononcer (*verbis*), et quelquefois écrire (*litteris*), ou eufin par leur consentement respectif (*consensu*); de là les contrats réels, verbaux, littéraux, consensuels.

Tous les contrats, sans exception, sont consensuels en ce sens qu'ils ne peuvent exister entre deux ou plusieurs personnes que par leurs volontés respectives, volontés dont le concours et la réunion en un seul et même sentiment (*in unam sententiam decurrunt*) forment consentement ou convention (*Ulp. fr.* 1, § 3, *de pact.*). Il n'y a point de contrat sans couvention; mais, en sens inverse, il y a souvent convention sans contrat : car le consentement, toujours indispensable, suffit rarement pour coustituer un contrat. Le plus souvent il faut ou remettre une chose, ou prononcer certaines expressions, ou les écrire. Dans ce cas, on dit que certains contrats se forment RE, VERBIS ou LITTERIS, pour indiquer que leur formation exige une condition spéciale et additionnelle, qui ne supplée point le consentement, mais qui doit s'y joindre (*Ulp. d. fr.* 1, § 3, *eod.*; V. *Paul. fr.* 3, § 2, *de obl. et act.*); et dans ce sens on les oppose aux contrats purement consensuels qui existent indépendamment de toute autre circonstance, par le seul consentement, par la seule volonté des parties (*pr., de obl. ex consens.*).

Justinien s'occupe d'abord des contrats réels.

TITRE XIV.

DE QUELLES MANIÈRES UNE OBLIGATION SE CONTRACTE PAR LA CHOSE.

957. La translation de propriété devient souvent la cause d'une obligation imposée à celui qui l'acquiert, nous en avons un exemple (444, 445; § 2, *de usuf.*) relativement à l'usufruit des choses dont le simple usage emporte consommation. L'usufruitier, dans ce cas, devient propriétaire; mais en même temps, il s'oblige à restituer l'équivalent (*Ulp. fr.* 5, § 1, *de usuf. ear. rer.*; V. *Javol. fr.* 10, *de prescrip. verb.*), et cette obligation remplace, pour le créancier, la nue propriété qui n'a pu être séparée de l'usage.

PR.

Ce résultat, auquel on arrive pour exécuter indirectement la disposition du testateur, est le but direct que se proposent deux contractans, lorsque l'un remet à la disposition de l'autre des choses dont ce dernier ne doit ni conserver ni rendre la substance, mais dont il devra donner le même nombre, le même poids ou la même mesure. Dans ce cas, les contractans, sans considérer l'identité des objets, s'attachent uniquement aux quantités, en sorte qu'à égalité de poids, de nombre ou de mesure, les objets semblent exactement remplacés par d'autres objets (*non eadem res sed alia*), pourvu que ces derniers soient de même nature et de même qualité (*ejusdem naturæ et qualitatis*). Ainsi donc il faudra non-seulement rendre du blé pour du blé, du vin pour du vin (*Paul. fr.* 2, *de reb. cred.*), mais encore du vin de même âge. (*Pompon. fr.* 3, *eod.*)

958. Dans ce cas, la réception de la chose et l'intention commune des parties constituent un contrat qui, en français, se nomme *prêt*, et chez les jurisconsultes romains, MUTUUM : ce nom dérive, selon eux (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 90; *Paul. fr.* 2, § 2, *de reb. cred.*), de la translation de propriété qui s'opère sur tout ce que l'emprunteur reçoit au compte, au poids ou à la mesure. (V. 965.) En effet, lorsqu'on livre de cette façon (*numerando, adpendendo aut metiendo*), c'est pour transférer la chose à celui qui la reçoit (*in hoc damus ut accipientium fiant*), et alors l'objet que je vous remets *fit ex* MEO TUUM. Cette étymologie semble plus ingénieuse que vraie; Cujas (*ad d. fr.* 2, § 2, *de reb. cred.*) ne la croit pas mieux établie que celle du mot *testamentum*. (V. *pr.*, *de test. ordin.*)

Quoi qu'il en soit, il n'en est pas moins certain que le *mutuum* suppose une propriété acquise et transférée à l'emprunteur. Aussi le contrat et l'obligation qui en résulte n'existent-ils pas à l'égard des choses que nous recevons sans les acquérir. (*Paul. d. fr.* 2, § 2, *de reb. cred.*) Tel serait, par exemple, l'argent monnoyé qui nous serait remis ou par tout autre que le véritable propriétaire (*Paul. fr.* 16, *de reb. cred.*), ou par un propriétaire impubère non autorisé, et par cela même incapable d'aliéner (§ 2, *quib. alien. lic.*). Dans l'un et l'autre cas, l'emprunteur, n'ayant rien acquis, n'a pas droit de disposer d'une chose qui continue d'appartenir à autrui; dès lors le *mutuum* n'atteint pas son but, ou pour mieux dire, le *mutuum* n'existe pas; il n'existe même aucune obligation quelconque, bien que plusieurs obligations puissent naître de la réception d'une chose qui continue d'appartenir à autrui. Tel est notamment le contrat de dépôt (V. § 3, *h. t.*); mais ce contrat, comme tout autre, ne se forme jamais sans la volonté des parties, et, à plus forte raison, contre leur volonté : or ceux qui veulent un *mutuum* ne veulent pas un dépôt; et si l'obligation qu'elles ont voulue ne s'accomplit pas, ce n'est pas une raison pour qu'elles soient engagées, sans leur intention ou contre leur intention, dans une obligation différente. C'est en ce sens que précédemment (*d.* § 2, *quib. alien. lic.*), et en parlant du *mutuum* consenti par un prêteur incapable de transférer la propriété, on a dit *non contrahit obligationem*. Dans ce cas, le prêteur et l'emprunteur ne sont astreints l'un envers l'autre par aucun lien, et cela est tellement vrai que la chose prêtée, du moins tant qu'elle existe, doit être revendiquée (*d.* § 2, *quib. alien.*; *Julian. fr.* 11, § 2, *de reb. cred.*); c'est-à-dire qu'elle doit être reprise non par celui qui l'a prêtée, mais par celui à qui elle appartient, et lorsque le pupille revendique ses propres écus, ce n'est pas comme prêteur qu'il agit, mais comme propriétaire. Enfin celui contre qui la revendication s'exerce, fût-il l'emprunteur même, n'est jamais pour-

suivi comme débiteur, mais seulement comme détenteur de la chose d'autrui. Il en serait autrement s'il existait une obligation, et par exemple un dépôt : le déposant peut, en cette qualité, se faire remettre la chose déposée, lors même qu'il n'en serait pas propriétaire. (V. *Ulp. fr.* 1, § 39, *depos.*)

959. Puisque le *mutuum* s'opère par une translation de propriété, il consiste dans une dation (*mutui* DATIONE, *text. hic*), comme la donation (487), sauf cette différence, que le donataire reçoit un don qui ne l'oblige à rien ; car dans la donation même à cause de mort, celui qui reçoit la propriété pour la restituer en certain cas, n'est pas immédiatement obligé. Il pourra l'être, mais seulement lorsque arrivera l'événement qui permet au donateur de reprendre la chose donnée. L'emprunteur, au contraire, se trouve obligé par son acquisition même. Il en faut dire autant de celui qui recevrait du blé ou tout autre objet, à la charge de donner en place une chose entièrement différente, et par exemple du vin ; il devient en même temps propriétaire du blé et débiteur du vin, mais le contrat dans ce cas n'est plus un *mutuum*, c'est un échange (1038). Cette différence dans les effets de la dation résulte uniquement de la volonté des parties, et du but qu'elles se sont proposé ; c'est leur intention qui distingue le *mutuum*, soit de l'échange, soit de la donation entre vifs ou à cause de mort (*Paul. fr.* 3, § 1, *de obl. et act.*; *fr.* 2, *de reb. cred.*; *Julian. fr.* 19, *eod.*) ; c'est l'intention enfin qui détermine l'effet de la tradition, et qui, relativement au même objet, caractérise tantôt le *mutuum*, tantôt le dépôt ou le commodat. (V. *Paul. d. fr.* 2, *eod.*)

960. L'action par laquelle on poursuit contre l'emprunteur l'exécution de l'obligation que lui impose le *mutuum*, s'appelle condiction (*text. hic in fin.*).

§ I.

Cette action n'est point exclusivement applicable au cas dont nous venons de parler ; elle se donne encore dans plusieurs autres cas (V. *pr.*, *de verb. obl.*; § 14 *et* 15, *de action.*), et notamment lorsqu'une personne a payé par erreur ce qu'elle ne devait réellement pas. Un semblable paiement astreint celui qui le reçoit à une restitution, et de là une obligation dont il sera plus amplement question dans un autre titre (§ 6 *et* 7, *de obl. quasi ex contr.*) et à l'occasion de laquelle il faut remarquer ici que l'emprunteur et la personne indûment payée sont poursuivis par la même action (*eadem actione*; *Caius, fr.* 5, § 3, *de obl. et act.*), c'est-à-dire par une condiction qui s'exerce contre cette personne (*perinde ac si mutuum accepisset*; *text. hic*; *Caius, d. fr.* 5, § 3), comme si le paiement par elle reçu constituait un véritable MUTUUM. Pour désigner cette action, le texte rapporte ces paroles remarquables SI PARET DARE OPORTERE, qui appartiennent en effet à la formule des condictions et la caractérisent ; le verbe *oportere* exprime ici une nécessité à laquelle on est astreint, et conséquemment l'existence d'une obligation (V. § 1, *de action.*) dont le mot *dare* précise la nature : nous savons en effet que ce mot est pris dans un sens attributif de propriété (487). Dans ce sens, on dit à telle ou telle personne *dare te oportet* (§ 2, *de except.*), pour annoncer qu'elle est obligée et spécialement obligée de donner ; c'est l'action produite par cette espèce d'obligation que l'on appelle, à proprement parler, *condiction* (§ 15, *de act.*).

Le demandeur qui l'exerce affirme DARI *sibi* OPORTERE, tandis que le défendeur conteste qui l'action est intentée nie ce que l'adversaire soutient ; de là un doute, et conséquemment une question à décider. Aussi le *dare oportere*, ou la nécessité de donner, n'est-elle présentée ici que comme un point à vérifier SI PARET (1), pour arriver, d'après l'examen qui en sera fait, à une conséquence que notre texte n'exprime pas. Cette conséquence est la condamnation du défendeur, si le point en question est affirmativement résolu (*si paret*), et, dans le cas contraire, son absolution. Aussi, pour compléter la formule dont nous n'avons ici que la première partie, faut-il, en indiquant l'objet du litige et le nom des contendans, requérir conditionnellement la condamnation du défendeur, en disant SI PARET *Negidium A. Agerio sestertium x millia* DARE OPORTERE, *judex N. Negidium A. Agerio sestertium x millia* CONDEMNA (2).

(1) SI PARET *dare oportere*. PARET pour *apparet*, s'il appert, s'il est constaté, s'il est reconnu, etc.

(2) *Voy.* les Institutes de Caius, *liv.* 4, § 39, 40, 41, 42, 86, etc. Quelquefois on ajoutait *si non paret, absolve* (*Caius ibid.* 43).

Celui qui parle dans cette formule impérative n'est pas le demandeur, ni aucune partie contendante : c'est le magistrat, c'est-à-dire le préteur, qui, en désignant un juge (1), lui prescrit hypothétiquement la sentence qu'il devra prononcer. De cette manière, le préteur accorde non-seulement un juge, mais une action qui attribue à celui-ci le pouvoir de condamner ou absoudre (*judici condemnandi absolvendive potestas permittitur ; Caius*, 4 *inst.* 43), et permet au demandeur de traduire son adversaire *in judicio*, c'est-à-dire devant le juge investi de ce pouvoir. (V. *pr., de action.*)

961. Puisque le *judicium* ou l'action était donnée par le préteur, pour l'obtenir de lui, il fallait nécessairement la demander ; et comme il importait beaucoup au défendeur que l'action demandée fût accordée ou refusée, celui-ci devait être préalablement appelé *in jus*, c'est-à-dire devant le magistrat qui *jus dicturus sit* (§ 3, *de pœn. temer. litig.*) ; et là, *in jure*, s'établissait une instance dont le résultat le plus ordinaire était la concession d'une action qui renvoyait les parties *in judicio*.

Je présente ce résultat comme le plus ordinaire, parce qu'il pouvait quelquefois arriver que, devant le magistrat, les parties reconnussent les faits qui, devenus constans *in jure*, n'ont pas besoin d'être examinés et constatés *in judicio* ; dans ce cas, par conséquent point d'action. Ulpien nous en fournit un exemple pour le cas où le défendeur qui nie la dette, prétendrait avoir prêté, sur l'existence de cette dette, un serment déféré par son adversaire. En effet, ce serment doit trancher la question (*Caius, L.* 1, *ff. de jurejur.* ; *Paul. fr.* 2, *eod.* ; V. § 11, *de act.* ; § 4, *de except.*) ; toutefois il reste à savoir s'il a été prêté. Si la prestation est constante, alors le magistrat refuse l'action sollicitée par le demandeur ; dans le cas contraire (*si dubitetur juratum esse*), le doute qui s'élève sur le serment, et par suite sur la dette même, donne lieu de renvoyer la cause *in judicio* ; alors le préteur accorde une action, et quelquefois aussi une exception (*Ulp. fr.* 7 *et* 9, *de jurejur.*) dont nous expliquerons plus tard l'utilité. (V. § 4, *de except.*)

Ce qu'Ulpien décide pour le serment s'applique, selon toute vraisemblance, aux autres faits, qui, en les supposant constatés, détruiraient la prétention du demandeur. Ainsi, soit que le défendeur nie absolument la dette, en soutenant n'avoir jamais rien dû, soit qu'il prétende ne plus rien devoir, parce que son obligation serait éteinte par un paiement, ou de toute autre manière (V. *quib. mod. oblig. toll.*), le préteur accordera ou refusera l'action, suivant que la vérité des faits allégués par le défendeur sera ou contestée, ou reconnue par son adversaire.

Réciproquement, si les faits avancés par le demandeur sont avoués par le défendeur, il devient inutile de les vérifier *in judicio* ; le débiteur qui reconnaît la dette se condamne lui-même. Son aveu équivaut à la sentence d'un juge, et le magistrat, sans donner aucune action (*Paul.* 2 *sent.* 1, § 5) autorise directement les voies de contrainte qu'il autoriserait en vertu de la sentence du juge, si les parties avaient été renvoyées *in judicio* par une action décernée sur des faits non reconnus (*Paul.* 5 *sent.* 5, § 2 *et* 4). Tel est le sens de cet adage : *confessos* IN JURE *pro judicatis haberi placet* (*Anton. C.* 1, *de confess.* ; V. *Paul. fr.* 1 *et* 3 ; *Ulp. fr.* 6, § 2 *et* 6, *eod.*)

§ II.

962. Les choses livrées ne le sont pas toujours dans un but translatif de propriété ; la tradition ne tend souvent qu'à mettre une personne en état d'employer à son usage, la chose qu'elle reçoit (*utenda*) pour s'en servir. Dans ce cas, la tradition, sans nous attribuer ni la propriété, ni cette partie de la propriété qui s'en détache quelquefois sous le nom d'usage (415, 428), nous confère, non pas le droit, mais la faculté ou la possibilité d'user. De là une différence caractéristique entre le commodat, qui nous occupe ici, et le *mutuum* dont nous avons parlé précédemment (*pr. h. t.*) ; car, bien que l'un et l'autre se forment par la remise des choses, bien que cette remise oblige toujours celui à qui elle est faite, cependant l'obligation qui en résulte varie comme l'intention et le but des contractans. Dans le *mutuum*, l'emprunteur doit avoir la libre, pleine et entière disposition de la chose livrée ; pour cela, il faut donc le rendre propriétaire, et s'il rend des objets semblables, il ne rend pas les mêmes. Le commodataire doit se borner à tirer de la chose un

(1) Le préteur commence toujours par ces mots : *Judex esto*, ou *Recuperatores sunto* (V. *Caius*, 4 *inst.* 34, 36, 37, 46, etc.).

service, un usage essentiellement conservateur de la substance (414); aussi ne devient-il pas propriétaire, et ne peut-il pas rendre une chose pour une autre. Il ne reçoit un objet que pour restituer identiquement le même, *de ea re ipsa restituenda tenetur* (*text. hic; Caius, fr.* 1, § 3, *de obl. et act.*; V. *Pompon. fr.* 8; *Ulp. fr.* 9, *commod.*).

Cette différence importe surtout pour le cas où la chose périrait entre les mains de celui qui l'a reçue. Dans le *mutuum*, les accidens fortuits, tels qu'un naufrage, un incendie, la force majeure résultant d'une attaque de voleurs ou d'une irruption de troupes ennemies, ne libèrent pas l'emprunteur; privé ou dépouillé des choses par lui reçues, il reste toujours débiteur (*nihilominus obligatus remanet*), parce qu'il est devenu propriétaire (1), ou plutôt parce que l'objet qui a péri n'est pas précisément l'objet qu'il doit rendre (957). Il en est autrement du commodataire qui, obligé de restituer identiquement la chose reçue, et n'ayant pas la faculté de la remplacer par une autre, resterait tenu d'une obligation impossible, si cette obligation ne périssait pas avec la chose même, parce qu'elle reste sans objet. (V. § 2, *de inutil. stip.*)

963. Le commodataire n'est donc pas responsable des cas fortuits, ou, pour mieux dire, il ne l'est pas toujours; car, si l'on ne peut empêcher un naufrage ni résister à l'attaque d'une force supérieure, il est facile de ne pas s'exposer à de semblables malheurs : il est facile, par exemple, de garder chez soi l'argenterie que l'on emprunte pour recevoir et traiter des convives. En pareil cas, si la maison du commodataire est forcée par des brigands, il ne répond pas des objets que ceux-ci enlèvent : mais si, dans un voyage, il emporte avec lui cette même argenterie, s'il l'expose par sa faute à des chances dont elle aurait été préservée dans son domicile, ces chances doivent retomber sur lui (*text. hic; Caius, fr.* 1, § 4, *de obl. et act.*; *fr.* 18, *commod.*; *Ulp. fr.* 5, § 7, *eod.*). Ces cas fortuits dont le commodataire n'est pas tenu sont donc uniquement ceux qui n'auraient été occasionés par aucune faute de sa part, *si modo non ipsius culpa casus advenerit.*

Ce qu'on a dit pour une incursion de brigands (*latronum incursu*) ne s'applique pas au vol de la chose; le commodataire à qui profitent les services ou l'usage de cette chose en est par cela même gardien (*necesse habet custodiam præstare*; § 16, *de obl. quæ ex del.*), et par suite il demeure responsable de ce qu'il laisserait voler (*d.* § 16, *eod*), perdre ou échapper (2). Sous ce rapport, il doit donner aux choses dont il use un soin que notre texte appelle, *exactam diligentiam*; et pour expliquer cette expression, l'on ajoute qu'en surveillant la chose prêtée avec tout le soin qu'il donne habituellement à sa propre chose, le commodataire ne fait pas toujours assez (*nec sufficit*). Il faut examiner si quelque autre plus soigneux (*alius diligentior*) aurait pu garder la chose : dans ce cas, le commodataire est tenu de la perte ou de la détérioration qu'une surveillance plus exacte aurait évitée. A la vérité, celui qui fait servir les choses à l'usage pour lequel on les lui a remises, ne doit jamais répondre de la détérioration pour ainsi dire inévitable qui résulte de ce même usage (*Pompon. fr.* 23, *commod.*); mais il en est autrement du tort qu'il aurait occasioné par sa faute. (*Ulp. fr.* 10, *eod.*)

Le commodat se forme presque toujours pour l'avantage exclusif du commodataire (V. *Ulp. fr.* 5, § 2, *commod.*) : cependant cet avantage pourrait être partagé par l'autre partie (*Caius, d. fr.* 18, *commod.*), et quelquefois même il lui appartient tout entier. (*Ulp. fr.* 5, § 10, *eod.*) Alors la responsabilité du commodataire devient moins étendue : il est assimilé suivant le cas, soit au mari détenteur des objets dotaux, soit au dépositaire, conformément aux principes que nous exposerons plus loin (1068; § 9, *de societate*).

964. Du reste, et quelle que soit la manière dont serait combiné l'avantage du contrat, le commodataire n'a rien à faire ou à donner pour l'usage de la chose dont il se sert toujours gratuitement (*text. hic, in fin.*). Rien n'est cependant plus ordinaire que d'user de certaines choses moyennant une rétribution que l'on paie ou que l'on devra payer (*mercede accepta vel constituta*); mais dans ce cas l'usage de la chose n'est pas prêté, il est loué (*locatus usus rei*

(1) On dit communément *res perit domino. Voy.* à cet égard le § 3 *de empt. vend.* et son explication (1040).

(2) Le vendeur qui *custodiam suscepit*, répond de la fuite et du vol de l'esclave vendu (V. § 3, *de empt. vend.*)

videtur) ; au lieu d'un commodat il existe un louage ; c'est encore un contrat, mais un contrat différent. (V. § 2, *de locat. cond.*)

965. Il est certaines choses *quæ ipso usu consumuntur* (§ 2, *de usufr.*) dont l'usage ordinaire absorbe et détruit la substance, en sorte qu'à leur égard *uti* et *abuti* ont le même résultat : aussi avons-nous vu (444, 446) que les droits d'usufruit ou d'usage ne peuvent s'établir sur ces sortes de choses. Il serait pareillement impossible d'en faire l'objet d'un commodat, si dans ce contrat il s'agissait de permettre un usage plein et entier ; mais le commodataire n'obtient quelquefois qu'un usage limité, qui peut n'être pas incompatible avec la conservation des substances dont l'emploi ordinaire suppose la consommation (1) : aussi les choses *quæ ipso usu consumuntur* peuvent-elles devenir l'objet d'un commodat, lorsqu'il s'agit de les employer seulement *ad pompam et ostentationem*. (*Ulp. fr.* 3, § 6, *commod.*; V. *Caius*, *fr.* 4, eod.) Dans tout autre cas, celui qui, pour se servir de la chose, en absorberait la substance, ne restituerait pas la chose même : il ne pourrait que la remplacer par une autre chose de même nature et de même qualité ; et alors, au lieu d'un commodat, il existerait un *mutuum*. Nul doute en effet que le *mutuum* ne soit régulièrement établi sur l'argent monnayé et sur les denrées, comme le blé, le vin, l'huile, etc. ; car, dans un texte précédent (*pr., h. t.*; V. *Caius*, 3, *inst.* 90 ; *fr.* 1, § 2, *de obl. et act.*), ces sortes de choses sont précisément citées pour exemple parmi celles *quæ pondere, numero mensurave constant*, et ailleurs (§ 2 *de usufr.* ; V. *Caius*, *fr.* 7, *de usufr. ear. rer.*), on les range également au nombre de celles *quæ ipso usu consumuntur* (2). De là vient l'habitude de ne faire aucune différence entre les choses qui se consomment par l'usage et celles *quæ pondere, numero mensurave constant* : et comme ces dernières sont les seules qui se donnent en *mutuum* (*Paul. fr.* 2, § 1, *de reb. cred.*), on a considéré ce contrat comme borné, dans son objet, aux choses qui se consomment par l'usage, choses à l'égard desquelles le commodat n'existe que dans un cas spécial et assez rare. D'après ce système, les choses qui peuvent faire l'objet d'un commodat ne pourraient plus devenir celui d'un *mutuum*, et réciproquement : il n'y aurait d'exception que pour le commodat fait *ad pompam et ostentationem*.

Cependant il existe une multitude de choses dont la tradition constitue tantôt un *mutuum*, tantôt un commodat, et cela d'après la seule volonté des contractans. C'est leur intention qui, pour les espèces monnayées et autres choses susceptibles de se consommer par l'usage, caractérise le commodat *ad pompam et ostentationem* ; cette même intention peut former un *mutuum* dont l'objet ne se consommerait point par le simple usage (3). Quiconque reçoit une chose pour la restituer identiquement, reçoit un commodat : il reçoit un *mutuum* toutes les fois, au contraire, qu'il est auto-

(1) Pour se servir d'une somme d'argent monnayé, il faut la dépenser ; passée en d'autres mains, elle cesse d'exister, du moins pour celui qui l'a mise en circulation, et qui ne peut plus en faire une seconde fois le même usage (*ipso usu, assidua permutatione quodammodo extinguitur*, § 2 *de usufr.*). Il en est autrement des pièces de monnaie dont on se sert au jeu, non pour payer, mais pour marquer les points : il en est autrement des monnaies étrangères qu'un changeur recevrait, non pour les échanger, mais pour garantir provisoirement les collections qu'il lui importe d'étaler. On offre souvent à son créancier un paiement que l'on sait bien ne devoir pas être accepté. Dans ces différens cas et autres semblables, on se sert de la chose en la conservant ; les écus peuvent être restitués en nature, et par conséquent devenir l'objet d'un commodat (V *Caius*, *fr.* 4, *commod.*). Les exemples analogues ne manqueraient pas : relativement aux autres substances qui se consomment ordinairement par l'usage même.

(2) *V.* Pothier, *Prêt de consomption*, nos 22 *et* 25 ; *Prêt à usage*, no 17 ; Domat, *Lois civiles*, *liv.* 1, *tit.* 6, *sect.* 1, no 4.

(3) Les livres imprimés passent d'un lecteur à un autre sans se consommer. On les prête souvent à un ami qui s'oblige à remettre identiquement le même volume, et alors ce volume devient l'objet d'un commodat ; mais, lorsqu'un libraire, n'ayant pas actuellement l'ouvrage que je lui demande, prend un ou plusieurs exemplaires chez un voisin, auquel il donnera plus tard autant d'exemplaires différens de la même édition, le contrat qui se forme entre eux n'est évidemment qu'un *mutuum*. Selon Domat (*loc. cit.*), l'on ne donnerait pas en *mutuum* « des animaux et autres choses qui, quoique de même espèce, sont différentes en qualité dans l'individu. » C'est ainsi que l'auteur des *Lois civiles* interprète le texte de Paul (*fr.* 2, § 1, *de reb. cred.*) et celui des Institutes (*pr.*, *h. t.*) ; cependant il est très-possible que des animaux, par exemple, des chevaux soient donnés en *mutuum*. Supposons, en effet, qu'un fournisseur manque de plusieurs chevaux pour la remonte d'un régiment prêt à partir. Il s'adresse à un autre fournisseur qui lui procure ce dont il a besoin, mais à la charge de rendre ultérieurement autant de chevaux différens, et qui cependant, pour remplacer les premiers, devront avoir le même âge, la même taille, en un mot, réunir les mêmes qualités ; n'est-ce pas un *mutuum* ? N'en serait-il pas de même si un boucher livrait à l'autre quatre moutons, pour lesquels ce dernier s'obligerait à donner le mois suivant quatre autres moutons de même pesanteur, etc., etc.

risé à remplacer la chose ou les choses reçues par autant de choses semblables : alors ainsi que nous l'avons déjà dit, les parties ne considèrent pas l'identité des substances; elles s'attachent uniquement à la similitude générique et aux quantités. Les quantités s'apprécient par le nombre des choses, par leur pesanteur et leurs dimensions, et les choses ne sont plus que des quantités lorsqu'elles sont livrées au compte (*numerando*), au poids (*adpendendo*) ou à la mesure (*metiendo*). Alors, d'après l'intention des parties, *numero, pondere mensurave constant* (*pr., h. t.*) ; alors elles sont acquises à celui qui les reçoit, il en dispose à son gré, sauf l'obligation de donner une même quantité de choses semblables (*d. pr.*).

966. Dans ce cas, l'objet à restituer se prend indifféremment parmi les objets homogènes, qui, relativement au but des parties, se remplacent et se représentent mutuellement, ou, suivant l'expression de Paul (*d. fr.* 2, § 1, *de reb. cred.*), *in suo genere* FUNCTIONEM *recipiunt*. De là est venu, pour les choses qui se donnent en *mutuum*, et qui par conséquent s'apprécient au compte, au poids ou à la mesure, la dénomination de choses *fongibles*, dénomination qui serait prise dans un sens trop absolu ou trop exclusif, si on la restreignait aux seules choses, ou si on l'étendait à toutes les choses *quæ ipso usu consumuntur*. Ces dernières sont ordinairement considérées comme fongibles, mais elles cessent de l'être pour celui qui les emprunte *ad pompam et ostentationem* ; réciproquement beaucoup d'objets qui ne se consomment point par l'usage peuvent être donnés tantôt en *mutuum*, tantôt en commodat, et alors ils deviennent fongibles ou non fongibles, suivant le but et l'intention des parties. Ainsi, les choses *quæ ipso usu consumuntur* se distinguent par leur nature même ; tandis que relativement aux choses fongibles ou non fongibles, la distinction dépend uniquement du rapport sous lequel on les a considérées.

967. Les obligations dont le commodataire est tenu donnent lieu contre lui à une action spéciale (*commodati actione*), que notre texte désigne par le nom même du contrat dont elle dérive directement, en ce sens que, dans tout commodat, et par une suite immédiate du contrat, la chose reçue doit nécessairement être restituée. Ainsi, point de commodat où le commodataire ne soit obligé et par conséquent soumis à une action. En cela, il diffère du commodant qui, en cette qualité, n'est ordinairement tenu à rien. Toutefois le contrat, qui n'est pas pour lui une cause d'obligation, peut en devenir l'occasion ; ainsi, par exemple, il devrait indemnité pour les dépenses extraordinaires qu'aurait exigées la conservation de la chose, ou pour le tort que son usage aurait fait éprouver par suite des défauts que connaissait le commodant, et qu'ignorait le commodataire. (*Caius, fr.* 18, § 2 *et* 3, *commod.*; *Paul. fr.* 22, *eod.*) Semblable indemnité pourrait être due dans plusieurs autres cas (*Paul. fr.* 17, § 5, *eod.*; *Afric. fr.* 21, *eod.*), et notamment si le préteur avait intempestivement retiré l'objet sur lequel le commodataire croyait pouvoir compter. En effet, chacun est maître de ne pas prêter sa chose, ou de limiter à son gré le prêt qu'il accorde : mais après le contrat formé, on ne doit plus revenir sur ce qui a été consenti ; il faut laisser au commodat sa latitude primitive, et au commodataire tout l'avantage qui lui a été accordé, et dont on ne pourrait le priver sans faire tourner contre lui le service qu'il a cru obtenir. (*Paul. d. fr.* 17, § 3, *eod.*) Dans ces circonstances et autres semblables, le commodataire, s'il est poursuivi, peut toujours, en se défendant contre l'action qu'on lui intente, faire valoir tous les motifs de réclamation qu'il aurait lui-même contre le commodant, et alors une sorte de compensation s'établirait entre les indemnités réciproquement demandées : mais il peut arriver que le commodataire ait plus à recevoir qu'à payer ; il peut arriver que le commodant n'intente aucune action, parce que la chose aurait été rendue bénévolement ou aurait péri par cas fortuit ; alors il ne suffit plus de se défendre, il faut agir. (*Caius, fr.* 18, § 4, *commod.*) Aussi le commodant, indépendamment de l'action principale qu'il produit toujours en faveur du commodant, peut encore donner lieu en faveur du commodataire, à une autre action dite CONTRARIA *commodati actio* ou CONTRARIUM *commodati judicium* (V. *Paul. fr.* 22; *Afric. fr.* 21, *eod.*), par opposition à l'action principale (V. *Paul. fr.* 17, § 1, *eod.*), que communément on appelle *directa* (1).

(1) V. *pr., de obl. quasi ex contr.*; Caius (*fr.* 18, § 4, *commod.*) l'appelle *rectum judicium*.

968. Les actions de commodat, directe ou contraire, laissent au juge plus de latitude que la condiction dont nous avons parlé à l'occasion du *mutuum;* elles ne limitent point le montant des condamnations; qu'il devra déterminer lui-même *ex æquo et bono* (V. § 28, *de action.*); ce sont des actions dites *de bonne foi*, tandis que la condiction est *de droit strict.* De cette distinction résultent plusieurs conséquences, dont la plupart se rattachent à la teneur des formules. (V. § 30, *eod.*) Celles qui existaient pour l'action de commodat ne sont point parvenues jusqu'à nous, mais nous savons qu'elles ressemblent beaucoup aux formules de l'action de dépôt que nous trouvons dans Caïus (4 *inst.* 47). Le verbe *deposuit, deposuisse*, est vraisemblablement le seul mot qui serait à changer.

En effet le commodat, qui, en nous astreignant à restituer la chose par nous reçue, astreint réciproquement l'autre partie à réparer le préjudice que cette chose nous aurait causé, n'est pas seul contrat qui produise les mêmes obligations, et d'où naissent par conséquent deux actions de bonne foi, l'une directe, l'autre contraire; il en est de même dans les contrats de gage et de dépôt. (V. *Pompon. fr.* 8, *de pignor. act.*; *Ulp. fr.* 5, *depos.*)

§ III.

969. Le dépositaire ne reçoit pas la chose pour l'employer à son usage; il doit la conserver et la garder à ceux qui l'ont placée chez lui ou entre ses mains, comme dans un lieu de sûreté. (V. *Ulp. fr.* 1, *depos.*; *Paul.* 2 *sent.* 12, § 2 et 4.) Le dépôt se forme gratuitement (*Ulp. fr.* 1, § 8 *et* 9, *eod.*), comme le commodat, mais dans un intérêt directement contraire, puisque l'avantage du contrat appartient tout entier au déposant. (*Caius, fr.* § 5, *de obl. et act.*; *Ulp. fr.* 5, § 2, *commod.*) Aussi le terme fixé pour la durée du dépôt ne profitera-t-il qu'au déposant, en lui permettant de refuser une restitution intempestive, sans que le dépositaire puisse jamais retarder la restitution qu'on lui demande : en effet, il ne peut avoir aucun motif de prolonger le service purement gratuit qu'il rend au déposant : celui qui reçoit nos bons offices doit toujours être libre d'y renoncer; mais celui de qui on les reçoit ne doit pas les interrompre, au mépris de la foi promise. (V. *Paul. fr.* 17, § 3, *commod.*) Voilà pourquoi, dans le dépôt, en sens inverse de ce qui arrive dans le commodat (968), la restitution peut être demandée en tous temps, même avant l'échéance du terme convenu (*Ulp. fr.* 1, § 45 et 46, *depos.*), et ne peut être offerte par anticipation qu'autant que le dépositaire aurait des motifs graves pour se décharger du dépôt. (V. *Ulp. fr.* 5, § 2, *eod.*; *Vinnius hic.*)

Par la même raison, c'est-à-dire parce que le dépositaire rend au déposant un service entièrement désintéressé, il obtient par l'action *contraria* des indemnités que le juge n'accorderait pas au commodataire : par exemple, pour les frais de nourriture, s'il s'agissait d'un esclave ou d'un animal quelconque. (*Modest., lib.* 2 *differ.*; *fr.* 23, *depos.*, *Caius, fr.* 18, § 2, *commod.*) Réciproquement, l'action de dépôt directe a des conséquences moins rigoureuses que l'action de commodat : le dépositaire n'est jamais responsable du vol de la chose déposée (*text., hic in fin.*; § 17, *de obl. quæ ex del.*); les autres fautes ou négligences qu'on lui reprocherait ne l'exposent à aucune condamnation : s'il est tenu, c'est uniquement pour le dol dont il se serait rendu coupable (*ex eo solo si quid dolo commiserit*), par exemple, en détruisant ou détériorant à dessein la chose déposée. Il y aurait également dol si la chose avait été vendue par le dépositaire; ce serait un vol de sa part (467), mais celui qui serait ou se croirait héritier du dépositaire pourrait ignorer le dépôt, et vendre de bonne foi (§ 4, *de usucap.*). Dans ce cas, il ne serait pas tenu pour la valeur de la chose; on le forcerait seulement à rendre le prix qu'il aurait touché, ou à céder les actions qu'il aurait, soit pour toucher le prix s'il était encore dû, soit pour reprendre la chose même. En effet, celui qui aurait été de bonne foi lors de la vente, cesserait de l'être et commettrait un dol à l'instant même où il chercherait à retenir un bénéfice quelconque (378). Aussi lui enlève-t-on, par l'action de dépôt, tout ce dont il serait enrichi. (V. *Ulp.* et *Paul. fr.* 1, § *ult.*; *fr.* 2, 3 *et* 4, *depos.*)

Le dépositaire, ainsi qu'on vient de le dire, n'est pas tenu à raison de sa faute ou de sa négligence, mais seulement à raison de son dol : cette décision de notre texte, quoique confirmée dans plusieurs autres (*Paul.* 2 *sent.* § 12; *Modest. lib.* 2 *differ.*),

notamment par Ulpien (*fr.* 3, § 1, *naut. caup.*; *fr.* 5, § 2, *commod.*; *fr.* 1, § 10 *et* 47, *depos.*; *fr.* 14, § 3, *de furt.*; *fr.* 23, *de reg. jur.*), exige une explication que nous donnerons plus loin (1069). La condamnation que peut encourir le dépositaire ne se borne pas toujours aux voleurs nécessaires pour indemniser le déposant; elle monte quelquefois au double, suivant ce que nous expliquerons plus tard (17 *de action.*).

§ IV.

970. Le créancier qui reçoit une chose en gage, c'est-à-dire pour sûreté de sa créance, s'oblige à rendre la chose même, et se trouve en conséquence soumis à une action directe, dite *pigneratitia* (*text. hic*), qui peut être exercée contre lui, aussitôt qu'il a obtenu pleine et entière satisfaction (*Ulp. fr.* 9, § 3, *de pigner. act.*) de la dette, pour laquelle le gage était constitué (1). Il doit aussi tenir compte des fruits (*Sever. et Anton. C.* 1; *Alex. C.* 2, *eod.*) et de tous autres profits perçus à l'occasion de la chose (V. *Paul.* 2 *sent.* 13, § 2; *Ulp. fr.* 22, *de pigner. act.*), notamment du prix qu'il aurait touché par suite de la vente (*Papin. fr.* 42, *eod.*; *Paul.* 2 *sent.* 13, § 1) qu'il est autorisé à faire (513). Le compte s'établit en imputant le prix sur la dette, pour rendre l'excédant au débiteur. Quant à l'objet même du gage, il doit être identiquement restitué lorsqu'il est encore entre les mains du créancier (*Papin. fr.* 40, § 2, *eod.*), ce qui suppose que la chose ne serait ni aliénée, ni détruite, sauf la responsabilité que pourrait avoir encourue le créancier.

Le créancier est gardien de la chose (*custodiam exhibere tenetur*; *Diocl. et Max. C.* 19, *de pign. et hyp.*; V. *Ulp. L.* 13, § 1, ff. *de pign act.*) dans le même sens que le commodataire, et comme lui responsable du vol. (V. § 14, *de obl. quæ ex del.*) Toutefois il n'est pas plus que lui garant des cas fortuits et de la force majeure (*text. hic*; *Diocl. et Max. d. C.* 19, *de pign. et hyp.*), qui, en ôtant au débiteur sa propriété, et au créancier la sûreté que le gage lui procurait, n'empêchent pas ce dernier de réclamer son paiement (*text. hic in fin.*; *Philip. C.* 6, *de pign. act.*). Il lui suffit, pour sa sécurité, d'avoir donné au gage le soin que notre texte appelle *exactam diligentiam* (1071).

Le créancier gagiste, comme le commodataire et le dépositaire, exerce l'action *contraria* pour se faire indemniser du tort que lui aurait causé la chose (*Afric. fr.* 31, *de pigner. act.*) et des dépenses qui l'auraient améliorée (*Paul.* 2 *sent.* 13, § 7; *Pompon. fr.* 8, *de pigner. act.*; *Ulp. fr.* 25, *eod.*). Il exerce aussi la même action dans plusieurs autres cas (V. *Ulp. fr.* 22, § 3 *et* 4, *fr.* 25; *fr.* 36, *pr. et* § 1, *eod.*; *Tryphon. fr.* 23, *eod.*), et notamment lorsque l'objet donné en gage, ne l'a pas été par son véritable maître. (*Paul. fr.* 16, § 1, *eod.*)

971. Dans ce cas, le créancier est privé du droit d'hypothèque qu'il voulait obtenir, et qui ne peut lui être conféré sur la chose que par les personnes capables d'en disposer. (V. *Marcian. fr.* 1, *quæ res pign.*; *fr.* 16, § 7, *de pign. et hyp.*; *Sever. et Ant. fr.* 1 *et* 2, *si alien. res*; *Diocl. et Max. C.* 7, *eod.*). Il éprouve donc un préjudice, et ce préjudice est un de ceux dont l'appréciation est soumise au juge de l'action *pigneratitia*. Remarquons en effet que le contrat, lors même qu'il a pour objet la chose d'autrui, n'en est pas moins valable entre les contractans; les parties ne sont pas moins tenues de remplir l'une envers l'autre leurs obligations respectives, notamment celle de restituer la chose à celui de qui on la tient (*Ulp. fr.* 9, § 4, *de pigner. act.*; *fr.* 22, § 2, *eod.*).

Il en est de même dans le commodat, et dans le dépôt. Celui qui a prêté ou déposé la chose d'autrui peut exercer, pour se la faire remettre, les actions directes de commodat et de dépôt (*Paul. et Marcel. fr.* 15 *et* 16, *commod.*; *Ulp. fr.* 1, § 39, *depos.*), pourvu cependant que celui contre qui ou les intente ne soit pas lui-même propriétaire; car nul ne peut être considéré comme dépositaire, commodataire, ou locataire de sa propre chose (*Julian. fr.* 15, *depos.*).

972. Dans les quatre contrats dont nous avons parlé jusqu'ici, la tradition de la chose constitue toujours une obligation, mais ne transfère pas indistinctement la

(1) *Ulp. fr.* 11, § 3, *de pigner. act.* L'empereur Gordien, par une constitution postérieure (*C. etiam ob chyrogr.*) veut que, pour retirer le gage, le débiteur acquitte non-seulement la dette pour laquelle le gage a été constitué, mais encore toutes les autres obligations dont il serait tenu envers le même créancier.

propriété; la chose livrée, même par son véritable maître, n'est jamais acquise au cummodataire, au dépositaire ou au créancier gagiste, parce que telle n'est pas la volonté des contractans. Pour apprécier les effets de la tradition, il faut donc se reporter à l'intention des parties, et connaître leur but; alors on saura, par exemple, si telle somme d'argent, remise par Titius à Seius, constitue entre les mains de ce dernier une donation, un *mutuum* ou un dépôt; et dans ce sens on dit avec raison que la tradition, pour transférer la propriété, doit être faite *ex justa causa* (395, 396). Il en est autrement de la mancipation et de la cession *in jure*. Étrangères à la distinction précédente, elles trausportent toujours la propriété, sauf la conveution dite *fiducia*, par laquelle le nouveau propriétaire pouvait être obligé à rémanciper ou rétrocéder la chose. C'est ainsi ordinairement que le père de famille, pour dissoudre sa puissaoce, mancipait ses enfans *contracta fiducia* (855). C'est ainsi pareillement que, pour mettre une chose en dépôt chez un ami, ou pour la douner en gage à son créancier, on lui en transférait le domaine pour le reprendre et le réacquérir ensuite, en exécution des conventious qui avaient accompagné la mancipation ou la cession *in jure*. Ces conventions constituaient un contrat nommé *fiducia* d'où résultait l'action dite *actio fiduciæ*, directe ou centraire, comme dans le dépôt et le gage (V. *Caius*, 2 *inst.* 59, 60; *Paul.* 2 *sent.* 13).

TITRE XV.

DES OBLIGATIONS VERBALES.

973. Nous venons de voir quatre contrats, que l'on nomme réels, se former par la remise d'un objet que l'une des parties livre à l'autre. Quelquefois au contraire, la convention devient obligatoire et produit action à cause de certaines paroles que les parties prononcent respectivement; et alors il y a *verborum obligatio*, parce que le contrat résulte d'une solenuité verbale (*verbis contrahitur; pr., h. t.*).

PR.

Cette solennité consiste dans une interrogation que l'un des contractans adresse à l'autre, et daus une réponse que fait ce dernier; ce qui arrive, dit notre texte, lorsque nous stipulons *aliquid dari fierive*. En effet, stipuler, c'est se faire promettre par une autre personne que l'on interroge, et qui répond en prononçant les expressions nécessaires pour former l'obligation qui se contracte *verbis* ou par stipulation. (V. *Pompon. fr.* 5, § 1, *de verb. obl.*)

La stipulation, comme on le voit par là, n'est pas, à proprement parler, un contrat spécial, mais plutôt une manière de contracter, une forme dont on se sert pour donner aux conventions la force et la validité qu'elles n'auraient pas autrement. C'est pour fortifier les obligations, *firmandarum obligationum gratia*, dit Paul (5 *sent* 7, § 1), que l'on prononce certaines expressions solennelles; et à raison même de leur but, ces formules ont été appelées *stipulations*, comme l'indiquent suffisamment l'origine et l'étymologie du nom, telles que nous les présente notre texte.

Aiusi la convention, fortifiée par la stipulation, devient un contrat dont l'exécution peut être poursuivie par deux actions dont le stipulant exerce l'une ou l'autre, d'après la nature de l'obligation, et suivant que la stipulation est certaine ou incertaine. Dans le premier cas, on agit par condiction comme dans le *mutuum* (V. *Ulp. fr.* 9, § 3, *de reb. cred.*); dans le second, on agit EX STIPULATU (*text. hic;* V. *Ulp. fr.* 24, *eod.*).

974. La stipulation certaine est celle dont l'énoncé même suffit pour faire connaître l'objet ou les objets dont il précise la nature et la quantité; par exemple, dix pièces d'or, l'esclave Stichus, cent mesures de froment africain de première qualité, etc. (*Caius, fr.* 74, *de verb. obl.;* V. *Paul. fr.* 6, *de reb. cred.*) Mais au contraire, si l'on stipulait un esclave sans le désigner, et une quantité déterminée de blé ou de vin, sans en indiquer la qualité, la stipulation serait incertaine (*Ulp. fr.* 75, *pr.* § 1, 2 *et seqq. eod.*); alors, au lieu de demander d'une manière précise et absolue qu'on le rende propriétaire de telle ou telle chose (V. *Ulp. d. fr.* 75, § *ult.*), le stipulant doit agir *ex stipulatu*, ce qui peut signifier que la demande doit être conçue

dans les mêmes termes que la stipulation (1). Toutefois on pourrait aussi bien supposer qu'il en est ici du stipulant comme du légataire : ce dernier, sans rien préciser, demande quelquefois *quidquid* EX TESTAMENTO *dare facere oportet* (*Caius*, 2 *inst.* 213), et alors il agit *ex testamento*. Pareillement, le stipulant, pour agir *ex stipulatu*, demanderait *quidquid* EX STIPULATU *dare facere oportet*.

Cette dernière formule est, en effet, beaucoup plus générale que celle de la condiction, par laquelle nous concluons uniquement *dare oportere*, pour demander ce dont le défendeur doit nous rendre propriétaire. La condiction ne peut donc avoir lieu que pour une seule classe de stipulations, celle qui oblige à donner une chose (*aliquid dari*), et dans cette classe même on distingue encore si la dation dont il s'agit porte sur un objet certain ou incertain; car, bien que la condiction serve quelquefois à demander la dation d'une chose incertaine (V. *Marcian. fr.* 40, § 1, *de condict. ind.*), cependant on ne l'accorde ici au stipulant que pour la dation de choses certaines. Exercée dans ce but, cette action, quelles que soient d'ailleurs l'origine et la cause de l'obligation, se nomme CONDICTIO CERTI (*Ulp. L.* 9, *pr.* et § 3, ff. *de reb. cred.*)

Dans tout autre cas, on agit *ex stipulatu* pour tout ce que la stipulation incertaine oblige le défendeur à donner, et à plus forte raison pour tout ce qu'il aurait promis de faire.

§ VI.

975. En effet, nous stipulons *aliquid dari fierive* (*pr.*, *h. t.*), c'est-à-dire des choses (*res*) que l'on s'engage à donner, et ses faits (*facta*) que l'on promet d'exécuter, ou dont on promet de s'abstenir, *aliquid fieri vel non fieri* (*text. hic*).

Dans l'un ou l'autre cas, la stipulation d'un fait positif ou négatif est toujours incertaine. (*Ulp. fr.* 75, § 7, *de verb. obl.*) L'obligation de bâtir une maison, de creuser un fossé, astreint à faire, en ce sens que, pour accomplir directement l'obligation et pour libérer le débiteur, il suffit à celui-ci de construire l'édifice ou de creuser le fossé; mais toutefois le créancier ne poursuit pas l'exécution d'un semblable fait, comme on poursuit la dation ou même la simple prestation d'une chose quelconque. Avant d'agir contre celui qui serait obligé à faire, il faut lui laisser le temps dont il a besoin pour accomplir le fait (2), et alors le montant de la condamnation à laquelle aboutit l'obligation de faire, se règle d'après l'intérêt que le demandeur avait à ce que le défendeur exécutât sa promesse. (*Cels. fr.* 13, *pr.* et § 1, *de re jud.*)

Cet intérêt, plus ou moins fort suivant les circonstances, doit être prouvé par le demandeur. Il en est autrement lorsque les contractans, prévoyant le cas où le fait promis ne serait pas exécuté, ont eux-mêmes déterminé la somme que le débiteur devra payer; c'est là ce que notre texte appelle *pœnam subjicere*, et ce qui produit en effet le résultat d'une sanction spéciale ajoutée à l'obligation. Cette sanction, que nous nommerons désormais *peine* ou *clause pénale*, se joint à la stipulation principale par une seconde stipulation conditionnelle, qui produit son effet lorsque le débiteur est en demeure, c'est-à-dire en retard d'exécuter la première. Alors le créancier demande, non pas *id quod interest*, mais la somme déterminée qui forme l'objet d'un stipulation certaine (V. *Paul. fr.* 68, *de verb. obl.*); et c'est précisément pour que la stipulation ne reste pas incertaine (*ne quantitas in incerto sit*), et pour ne pas soumettre le demandeur à prouver *id quod interest*, que l'on invite (*optimum erit*) ceux qui stipulent un fait à stipuler aussi une clause pénale (V. *Venul. fr.* 11, *de stip. prœt.*), dont notre texte donne plusieurs formules. (V. § 19, *de inutil. stip.*)

§ I.

976. Justinien rapporte ici différentes locutions latines usitées à Rome pour faire la question et la réponse dont se compose la stipulation. Il se hâte d'ajouter que les expressions correspondantes, non seulement en grec, mais même en toute autre langue (*qualibet alia lingua*), peuvent être

(1) *Id est ut eodem modo peteret quo sibi stipulatus est*, dit Justinien (§ 33, *de action.*) dans un texte où il s'agit précisément d'une action *ex stipulatu*. (V. *Caius*, 4 *inst.* 53.)

(2) *Pompon. fr.* 14, *de verb. obl.*; *Marcel. fr.* 98, § 1, *eod.*). Ulpien (*fr.* 72, § 2, *eod.*) est d'un autre avis; il veut que l'on puisse agir contre le débiteur du fait dès qu'il est en retard de faire, et sans attendre l'époque à laquelle l'ouvrage aurait pu être terminé. (V. *Pothier, pand. justin. XLV*, 1, 90.)

employées par les contractans, pourvu toutefois que chacun d'eux (*uterque*) entende (*intellectum habeat*), par soi-même ou par un interprète fidèle (*Ulp. fr.* 1, § 6, *de verb. obl.*), la langue ou les langues dont ils se servent; car on n'exige pas qu'ils parlent le même idiome. Il faut seulement que l'un, interrogé par l'autre, réponde directement (*congruenter*) à la question, comme nous l'expliquerons plus tard, sur le § 5 *de inutil. stip.*

La faculté laissée aux stipulans de traduire dans un langage quelconque les locutions latines de notre texte n'était pas aussi générale que Justinien semblerait l'annoncer: la langue grecque a eu, sous ce rapport, une sorte de privilége dont l'extension aux autres langues paraissait douteuse à Ulpien (*d. fr.* 1, § 6, *eod.*), et cette langue elle-même aurait inutilement fourni une locution correspondante à celle que Justinien rapporte la première, et dont les citoyens romains avaient l'usage exclusif. Cette formule (*spondes? spondeo*) était de droit civil; les autres, au contraire, appartenaient au droit des gens, et c'est par ce motif même, que les citoyens et les *peregrini* pouvaient les employer indistinctement et les traduire dans une autre langue. (*Caius*, 3 *inst.* 93; V. § 7, *de fidej.*)

Justinien n'a point conservé cette distinction; elle était d'autant plus inutile de son temps, que déjà sous le règne de Léon, la solennité des paroles avait été supprimée. D'après une constitution de ce prince (*C.* 10, *de contrah. et committ. stip.*), il suffit, pour la validité des stipulations, qu'il y ait eu consentement des parties, quelles que soient d'ailleurs les paroles prononcées, *quibuscumque* VERBIS *expressum est*, dit notre texte: observez, en effet, qu'il faut toujours parler, interroger et répondre; mais il importe peu que la question et la réponse soient renfermées dans telle ou telle locution.

La stipulation, même d'après la constitution de Léon, est donc encore un contrat verbal, toujours distinct des conventions ou des pactes qui se forment par le seul consentement, ainsi que de plusieurs contrats, pour la formation desquels il suffit que les parties consentent.

Dans ce dernier cas, on n'exige ni interrogation, ni réponse, et par conséquent les parties peuvent contracter sans se parler (*pr.*, *de obl. ex cons.*).

§ II.

977. Les stipulations sont pures et simples, lorsqu'elles ne sont modifiées par aucun terme ni par aucune condition: dans ce cas, le débiteur jouit toujours du délai nécessaire pour livrer la chose promise (V. § 27, *de inutil. stip.*); car lors même qu'on est tenu de payer immédiatement, l'obligation et le paiement ne se suivent pas si rapidement qu'il ne reste entre eux aucun intervalle. (V. *Paul. fr.* 105, *de solut.*) Cependant notre texte déclare que la chose promise peut être immédiatement exigée (*confestim*) par le créancier; mais en ce sens seulement que son action, régulièrement intentée, ne tomberait pas dans le cas de la plus-pétition. (V. § 33, *de act.*; *Papin. fr.* 118, § 1, *de verb. obl.*; *Vinnius hic.*)

Il en est autrement lorsque le débiteur promet de donner à jour fixe (*in diem*), et par exemple *primis calendis martiis*, c'est-à-dire au premier mars prochain. Dans ce cas, le stipulant perdrait son action, s'il l'intentait avant le jour fixé (*d.* § 33, *de action.*), et même dans le jour fixé. En effet, le débiteur qui paierait le premier mars, à la dernière minute du jour, serait encore dans le premier mars, et par conséquent dans un délai qui doit lui être laissé tout entier (*text. hic*; *Papin. d. fr.* 118, § 1, *de verb. obl.*; *Ulp. fr.* 41, § 1, *eod.*). Par la même raison, la chose qu'on aurait promis de donner dans le mois ou dans l'année ne devient pas exigible tant que l'on est encore dans le mois ou dans l'année (§ 26, *de inutil. stip.*; *Pompon. fr.* 42, *de verb. obl.*; V. *Venul. fr.* 138, *eod.*).

Ainsi la chose promise à terme ne peut être demandée (*peti non potest*) qu'à l'expiration du temps fixé; cependant, et il importe de le remarquer, elle est due à l'instant même de la stipulation, *statim quidem debetur*: ainsi, le terme diffère et retarde l'exercice des droits du créancier, mais il n'empêche pas l'existence actuelle de la créance. Dans ce sens, et pour distinguer le jour où la dette se forme, du jour où elle devient exigible, on dit, en parlant du premier, *dies cedit*; en parlant du second, *dies venit* (1). Sous ce rapport, le

(1) *Text. hic*; *Ulp. fr.* 213, *de verb. sing.* Nous

terme, ainsi que nous le verrons plus loin (980), diffère essentiellement de la condition.

978. Dans le cas ci-dessus, le jour fixé détermine l'époque à laquelle doit commencer l'exécution du contrat, et la stipulation est *in diem* (*text. hic*), ou plutôt *ex die*, suivant l'expression que Paul (*L.* 44, § 1, ff. *de obl. et act.*) emploie, par opposition aux stipulations faites *ad diem*, c'est-à-dire avec indication du jour auquel devra cesser l'obligation.

Telle est par exemple, la stipulation par laquelle on promettrait de payer non pas au premier mars (*primis calendis martiis*; *text. hic*), mais jusqu'au premier mars prochain, *usque ad calendas* (*Paul. d. fr.* 44, § 1, *eod.*, V. *Julian. fr.* 56, § 4, *de verb. obl.*).

§ III.

Telle est aussi la stipulation d'une somme, dont le paiement devra se renouveler chaque année (*decem annuos*) jusqu'au décès du stipulant, *quoad vivam*.

Dans ces deux cas, le créancier peut agir de suite et sans obstacle, et il conserve ce droit tant que le terme n'est pas arrivé; mais, après l'échéance, que devient l'obligation? Si l'on ne consultait que l'intention des parties, on n'hésiterait pas à déclarer la dette éteinte; mais il n'en est pas ici comme de la tutelle testamentaire qui se donne *ad tempus*, et finit au jour fixé (§ 5, *quib. mod. fin. tut.*; § 3, *qui testam. tut.*). Il existe, pour les obligations, certains modes d'extinction déterminés par le droit civil (V. *tit.* 29); le temps n'y est pas compris. *Ad tempus deberi non potest*, dit notre texte; et de là il suit que, malgré la fixation d'un terme incapable de limiter l'obligation, celle-ci continue de subsister à perpétuité (*text. hic*), comme si l'on avait stipulé *decem annuos*, sans ajouter *quoad vivam* (V. *Pompon. fr.* 16, § 1, *de verb. obl.*).

Toutefois, le terme fixé ne demeure pas complétement inutile; s'il n'éteint pas directement l'obligation, du moins il fournit au débiteur le moyen d'éviter la condamnation et de détourner une action dont l'exercice serait contraire à la convention. Ce moyen, sur lequel nous reviendrons plus tard (V. § 3, *de except.*), consiste dans une exception que l'on oppose soit au stipulant, soit à ses héritiers, lorsqu'ils intentent l'action après le terme convenu (*Paul. fr.* 44, § 1, *de obl.*).

Dans le cas prévu par notre texte, l'exception ne serait pas opposée au stipulant lui-même, mais seulement à son héritier, en effet, le terme fixé *quoad vivam* ne peut jamais arriver pendant la vie du stipulant: c'est donc uniquement après la mort, et conséquemment contre l'héritier du créancier, que le débiteur invoquera le bénéfice d'un semblable terme.

§ V.

979. Nous avons vu ci-dessus l'exemple d'une stipulation faite avec mention du jour où la somme promise doit être payée, *adjecto die quo pecunia solvatur* (§ 1, *h. t.*); on peut aussi indiquer, pour le paiement, un lieu autre que celui où les parties contractent: c'est ainsi que, dans une stipulation faite à Rome, on conviendrait de payer à Carthage. Au premier aperçu, cette obligation semble pure et simple, car aucun délai n'en diffère l'exécution. Cependant qu'arriverait-il si, promettant à Rome une somme payable à Carthage, je promettais de la payer le jour même? Je promettrais l'impossible, et je le promettrais en vain: la stipulation resterait inutile (*text. hic*). L'obligation de payer dans un autre lieu ne peut donc pas être pure et simple; et, pour ne pas la laisser sans effet, lorsque les parties n'ont fixé aucun terme, on suppose qu'en se référant pour l'exécution du contrat, à un autre lieu, elles se réfèrent aussi à un autre temps, c'est-à-dire au temps que nécessite la distance. Ainsi la mention du lieu emporte tacitement et par la force des choses (*re ipsa*) l'existence d'un terme (*text. hic*; *Paul. fr.* 73, *de verb. obl.*; *Ulp. fr.* 2, § 6, *de eo quod cert. loc.*; V. § 33, *de action.*).

avons déjà vu l'expression *dies cedit* employée à l'égard des legs, et alors elle indique l'époque avant laquelle le légataire ne transmet rien, soit à ses héritiers, soit au maître ou au père de famille dont il dépend (7[illegible]). Il en est autrement de l'espérance que fait naître un contrat conditionnel; elle se transmet aux héritiers du créancier, lorsque celui-ci décède avant l'accomplissement de la condition (§ 4, *h. t.*; § 25, *de inutil. stip.*), et par conséquent avant l'époque où le *dies cedit*. Cette locution appliquée aux legs ne signifie donc pas ce qu'elle signifie en matière d'obligation. La définition d'Ulpien (*d. fr.* 213) n'est vraie que pour ces dernières.

§ IV.

980. La stipulation conditionnelle se réfère à un événement incertain (*aliquem casum*), en sorte qu'elle n'a d'effet qu'autant que le cas prévu se réalise, et seulement lorsqu'il se réalise : alors, suivant l'expression des textes, COMMITTITUR STIPULATIO (*text. hic*; V. *Papin. fr.* 115, § 1, *de verb. obl.*).

Nous trouvons ici deux stipulations conditionnelles. Dans la première, on envisage le cas où tel événement arrivera (*si aliquid factum fuerit*), par exemple, si Titius parvient au consulat; ici la condition est positive. Dans la seconde stipulation, au contraire, la condition négative se réfère au cas où tel événement n'arriverait point (*si aliquid factum... non fuerit*), par exemple, si le stipulant ne monte pas au Capitole. Cette dernière condition est en suspens tant que le fait reste possible; mais elle s'accomplit, et l'obligation se réalise lorsqu'il devient certain que le fait ne pourra plus arriver, c'est-à-dire, dans l'espèce, lorsqu'il devient impossible que le stipulant monte au Capitole. Or, il pourra monter jusqu'au dernier moment de sa vie. Stipuler sous une semblable condition, ce serait donc stipuler pour le temps de sa mort; notre texte le déclare expressément (*perinde est ac si, etc.*), et avec raison; car, si pareille stipulation produit jamais une action, ce ne sera point le stipulant qui l'intentera, mais son héritier (1). Il en est de même lorsque je stipule *cum moriar* (V. § 15, *de inutil. stip.*) : toutefois, le stipulant ne peut pas ne pas mourir; et au contraire il peut monter ou ne pas monter au Capitole. La stipulation *cum moriar* et la stipulation *si in Capitolium non ascendero* ne sont donc pas absolument semblables; l'une se réfère à un événement certain, l'autre à un événement douteux, c'est dire que l'une est à terme, l'autre sous condition.

Le terme et la condition, quelle qu'elle soit, ont cela de commun que, dans l'intervalle, le créancier ne peut rien exiger; mais le débiteur est libre de devancer l'échéance du terme : ce qu'il paie avant le temps est valablement payé, et le créancier n'est jamais exposé à la restitution dont pourrait être tenu quiconque recevrait le paiement d'une chose indue, notamment de la chose promise sous une condition qui ne serait pas encore accomplie. (*Ulp. fr.* 17; *Pompon. fr.* 16, *pr. et* § 1; *L.* 18, *de condict. indeb.*) En effet, et notre texte le dit expressément, la stipulation conditionnelle ne constitue point la dette, mais seulement l'espérance et la possibilité d'une dette (*spes debitum iri*) qui n'existera qu'à l'événement de la condition. Ainsi la chose purement et simplement promise est due, et même exigible sur-le-champ (977); *et cessit et venit dies*, dit Ulpien. (*fr.* 213, *de verb. sign.*) La chose promise à terme n'est point exigible, mais elle est due.

981. Le legs conditionnel donne pareillement une espérance qui se réalise avec la condition; et nous avons vu que l'époque de cet événement n'importait pas moins que l'événement lui-même. En effet, dans les dispositions testamentaires qui sont toujours faites en considération de la personne, la condition s'accomplirait inutilement après le décès du légataire; et lors même qu'elle s'accomplit du vivant de ce dernier, le droit qui s'ouvre alors, s'ouvre, soit pour le légataire lui-même, soit pour le père ou le maître dont il dépend à cette même époque, sans examiner ce qu'il était, dans quelle famille et sous quelle puissance il aurait pu se trouver antérieurement (587, 726, 745). Dans les obligations, au contraire, chacun contracte pour soi et pour ses héritiers futurs (*Cels. fr.* 9, *de prob.*), et le temps où la condition s'accomplit n'a pas la même importance; le décès du stipulant ne détruit pas un espoir qui passe à ses héritiers (*text hic*; § 25, *de inutil. stip.*). Pareillement, la condition accomplie après le décès du promettant oblige ses héritiers, comme elle l'aurait obligé lui-même. D'un autre côté, lorsqu'un fils de famille ou un esclave stipulent conditionnellement, l'obligation profite toujours au père ou au maître dont ils dépendent, et peu importe qu'ensuite ils décèdent, deviennent *sui juris*, ou passent sous une autre puissance (*Pompon. fr.* 18,

(1) Pareille condition insérée dans un testament n'empêcherait pas l'action du légataire; celui-ci pourrait demander l'exécution du legs, sauf à fournir la caution mutienne dont nous avons parlé précédemment (733). Il n'en est pas de même dans les obligations conditionnelles; l'action ne peut jamais être intentée tant que la condition est en suspens, et le créancier n'est point admis à fournir la caution mutienne (V. *Vinnius*, *hic*).

de reg. jur.) ; car c'est le moment du contrat que l'on examine (*Paul. fr.* 78, *de verb. obl.*) : c'est à ce moment qu'on se reporte rétroactivement pour apprécier l'effet de la stipulation ; tandis que l'effet et la transmission du legs dépendent entièrement et sans aucune rétroactivité, de l'époque où par l'événement de la condition *dies legati cedit*. (V. *Ulp. fr.* 5, § 7, *quando dies.*)

D'après ce, supposons un legs et une stipulation subordonnés au même événement : s'il s'agit d'une chose douteuse en elle-même, par exemple, du succès d'un voyage, le legs et la stipulation seront l'un et l'autre en suspens ; l'un et l'autre seront conditionnels. Si l'événement, certain en lui-même, était de ceux qui tardent plus ou moins, comme le décès de telle ou telle personne, le retard pourrait changer l'effet du legs ; celui de la stipulation ne varierait pas. Ainsi dans le même cas, le legs, et, en général, les dispositions testamentaires, seraient soumis à des chances qui n'atteindraient pas la stipulation : le *dies incertus*, qui dans un testament équivaut à une condition (599), ne serait qu'un terme dans le contrat. (*Pompon. fr.* 16, § 1. *de condict. ind.*)

982. Bien que la stipulation conditionnelle réduise le stipulant à une simple espérance, cependant elle ne laisse rien à la discrétion du promettant (1). Ce dernier ne doit rien faire qui empêche la condition de s'accomplir ; autrement il perdrait le bénéfice de cette condition (601), et l'obligation aurait son effet comme si le cas prévu s'était réalisé. (*Paul. fr.* 85, § 7, *de verb. obl.*). Ainsi les parties n'ont plus la liberté de se dégager ; leur volonté est enchaînée : un nouveau consentement ne sera plus nécessaire pour donner au contrat l'effet dont il est susceptible ; en un mot, il existe un lien, et cependant il n'y a pas dette. La chose promise ne commence à être due qu'au moment où cesse l'incertitude (*Ulp. L.* 213, ff. *de verb. sign.*) : alors il y a *creditum*, *res credita* ou *pecunia credita*, quelle que soit d'ailleurs la cause d'où proviendrait la dette, et malgré le terme qui, sans la rendre douteuse, retarderait seulement l'action du créancier (2).

983. Les conditions dont nous avons parlé jusqu'ici se réfèrent toutes à un événement futur, dont l'incertitude tient en suspens l'existence du contrat. Il est possible que l'obligation se réalise ; il est possible qu'elle demeure sans aucun effet : jusqu'à l'événement rien n'est décidé, rien ne peut l'être.

§ VI.

En serait-il de même si l'on faisait dépendre la stipulation d'un fait déjà passé (*si Titius consul fuit*) ou d'un fait présent (*si Mævius vivit*) ? Non, sans doute ; car, de deux choses l'une : ou le fait n'est pas, et alors (*si ea ita non sunt*) l'obligation qui n'existe point n'existera jamais (*nihil valet*); ou le fait est vrai, et alors (*sin autem ita se habent*) son existence assure dès à présent l'effet du contrat (*statim valet*). Ainsi, de toute manière, la stipulation a toujours été ce qu'elle devait être ; rien n'a pu varier, rien n'a été tenu en suspens ; l'avenir seul est incertain, lui seul peut être conditionnel (*Papin. fr.* 39, *de reb. cred.*) : le passé et le présent sont essentiellement invariables. On ignore souvent l'une et l'autre : néanmoins le fait qui nous est inconnu, quoique incertain pour nous (*apud nos incerta*), n'en demeure pas moins certain par lui-même dans l'ordre réel des choses *per rerum naturam* (*text. hic* ; V. *Papin. fr.* 37, *eod.*) ; et l'on considère ici, non pas ce que telle personne sait ou ignore, mais ce que la nature humaine lui permet ou ne lui permet pas de connaître. (V. *Scævol. fr.* 38, *eod.*)

---

(1) La promesse ne serait pas conditionnelle, mais entièrement nulle, si le promettant contractait sous une condition qui le laissât absolument libre d'exécuter ou de ne pas exécuter la convention (*Ulp. fr.* 17 ; *Paul. fr.* 46, § 2 *et* 3 ; *Javol. I*, 108, *de verb. obl.* ; *Pompon. fr.* 8, *de obl. et act.*)

(2) *Voyez* Caius (3 *inst.* 124), Ulpien (*fr.* 7, *de verb. obl.* ; 1 *et* 10. *de reb. cred.*) et Paul (*fr* 2, § 3 *et* 5, *fr. eod.*) Dans le *mutuum* il y a *creditum* ou *res credita* (*Paul. d. fr.* 2, § 3). En effet, l'emprunteur sera nécessairement tenu de rendre l'équivalent de ce qu'il reçoit : mais celui qui reçoit une chose ne s'oblige pas toujours d'une manière aussi sûre, et alors il suffit que la dette ne soit pas indubitable, pour qu'il n'y ait pas *creditum*. C'est ce qui arrive dans le cas prévu par Ulpien (*fr.* 10, *eod.*) *quoniam debitum iri non est certum* ; c'est ce qui arrive aussi dans la donation à cause de mort, parce que le donataire ne devra restituer la chose que dans une hypothèse incertaine. (V. *Julian. fr.* 19, *eod.*)

TITRE XVI.

DES COSTIPULANS ET COPROMETTANS.

984. La stipulation, ainsi que nous l'avons déjà vu (973), se compose d'une interrogation et d'une réponse; mais, dans un sens plus étroit, et par opposition à la promesse ou réponse de la personne qui s'oblige, la stipulation proprement dite désigne l'interrogation faite par celui au profit duquel se contracte l'obligation (1). Ainsi le stipulant se nomme *reus stipulandi*; le promettant, *reus promittendi*. (*Modest. fr.* 1, *de duob. reis.*)

PR.

L'interrogation, comme la réponse, peut être faite par plusieurs personnes; et alors, suivant l'expression de notre texte, il existe au moins deux stipulans (*stipulandi duos pluresve rei*), ou deux promettans (*promittendi duos pluresve rei*).

Pour apprécier le véritable sens de cette locution, examinons dans quel cas on l'applique. Notre texte suppose d'abord deux stipulans qui, l'un après l'autre (*separatim*), interrogent la même personne. Celle-ci, avant de parler, attend toutes les interrogations, et ensuite (*post omnium interrogationem*) elle répond à tous en même temps. Autrement, en effet, si elle répondait successivement à une première interrogation, puis à une seconde, etc., chaque réponse compléterait envers chacun des stipulans une obligation distincte de celle qui aurait précédé ou suivi (*alia atque alia obligatio*). Le promettant aurait alors plusieurs dettes, et pour chaque dette un créancier, un stipulant particulier; on ne dira pas alors qu'il existe *duo rei stipulandi* (*text. hic*). Cette expression s'emploie exclusivement pour désigner le concours de plusieurs costipulans dans une seule obligation, *cum una sit obligatio*, dit Ulpien (*fr.* 3, § 1, *de duob. reis*); or, pour ne contracter qu'une obligation envers plusieurs stipulans, il importe de ne faire qu'une promesse (*semel responsum esse*; *Caius*, *fr.* 28, § 2, *de stip. serv.*). Aussi, dans l'exemple rapporté par notre texte, le promettant ne répond qu'après avoir été interrogé par tous les stipulans, *post omnium interrogationem*.

Pareil concours s'établit aussi, et de la même manière, entre plusieurs coprometans (*duo pluresve rei promittendi*), lorsque avant de répondre ils ont tous été interrogés par le stipulant. Du reste, il importe peu qu'on les interroge et qu'ils promettent tous ensemble, en parlant au pluriel, *spondetis*, *spondemus* (*Pompon. fr.* 4, V *Ulp. fr.* 3, *de duob. reis*), ou séparément en parlant au singulier, *spondes*, *spondeo*, comme le suppose l'exemple rapporté par notre texte. L'important, dans ce cas, est de ne point intercaler les questions et les réponses.

985. Observons, dans ce même exemple, que les différentes interrogations portent sur la même somme (*eosdem decem*).

En effet, plusieurs stipulans ou plusieurs promettans n'établiraient pas entre eux le concours et l'unité d'obligation dont nous avons parlé, si la dette avait pour chaque personne un objet différent. (V. *Javol.*, *Pap. et Caius*, *fr.* 2; *fr.* 9, § 1; *fr.* 15, *eod.*)

§ I.

Ainsi, malgré la concurrence de plusieurs coprometans, ou de plusieurs costipulans, dans l'un comme dans l'autre cas (*in utraque obligatione*), il y a unité d'objet, UNA RES VERTITUR. La chose est due à chacun de ceux qui l'ont stipulée et par chacun de ceux qui l'ont promise; elle est due à chacun ou par chacun en totalité, *in solidum* (*text. hic*), mais elle n'est due qu'une seule fois. Aussi le paiement fait à l'un des costipulans ou par l'un des coprometans suffit pour éteindre entièrement l'obligation, qui est une. Il libère en même temps et celui qui le fait et tous ses codébiteurs; il les libère non-seulement envers celui qui reçoit la chose, mais envers tous les cocréanciers de ce dernier (*text. hic*; *Javol. fr.* 2; *Ulp. fr.* 3, § 1. *de duob. reis.*)

Le débiteur qui veut se dégager peut offrir la chose à celui des cocréanciers qu'il lui plaît de choisir; mais lorsque l'un d'eux a

(1) *Voyez* § 7, *de inutil. stip.*; *Paul. fr.* 7, *de verb. sign.*; *Caius*, *fr.* 1, § 12 *et* 13, *de obl. et act.* Dans ce sens on dit (*pr.*, *de auct. tut.*) que le pupille peut stipuler, mais ne peut pas promettre sans l'autorisation de son tuteur.

devancé les autres par ses poursuites, c'est à ce dernier qu'il faut payer. (*Caius, fr.* 16, *eod.*) En effet, la demande formée et l'action intentée par l'un des costipulans, ne peut plus l'être par aucun autre. (*Javol. fr.* 2, *eod.*) Celui qui prévient ses cocréanciers, en exerçant le premier les droits que l'obligation confère à tous, est considéré comme s'il avait toujours été seul, *ac si solus stipulatus fuisset*, dit Venuleius (1). Par la même raison, lorsque l'un des codébiteurs a été poursuivi, les autres devraient être considérés, comme n'ayant jamais promis. Il semble, en effet, que la même obligation ne devrait produire qu'une seule action, et que cette action, intentée contre l'un des codébiteurs, ne doit plus subsister contre aucun autre; tel paraît avoir été l'ancien droit (2), surtout lorsqu'on observe que Justinien l'a changé par une décision formelle (*C.* 28, *de fidej.*), qui autorise le créancier à poursuivre successivement les coobligés jusqu'à ce que la dette soit entièrement soldée.

986. Ces différens effets de l'obligation contractée par plusieurs coprometttans ou envers plusieurs costipulans dérivent, comme nous l'avons vu (984), de la manière dont se seraient suivies les interrogations et les réponses, sans qu'il soit nécessaire d'exprimer formellement que chacun stipule ou promet *in solidum*. Cependant un texte de Papinien (*fr.* 11, § 1 *et* 2, *de duob. reis*) semblerait propre à jeter ici quelques doutes. On en a conclu que la chose serait due pour la totalité à chacun des stipulans ou par chacun des promettans, lorsqu'on l'aurait expressément stipulée ou promise pour la totalité; que, dans tout autre cas, chacun ne serait créancier ou débiteur que de sa part virile. Papinien ne dit rien de semblable. On lui présente un écrit (*tabulas*) rédigé pour constater et prouver l'obligation qui a été contractée. Cet écrit porte qu'une somme a été stipulée par tel et tel; mais comment, de quelle manière, et dans quel ordre? Les stipulans ont-ils interrogé comme on doit le faire pour se trouver costipulans, *ita ut duo rei stipulandi fierent?* Sur ce point l'écrit est muet; et, dans le doute, Papinien décide comme si la forme nécessaire n'avait pas été observée. Réciproquement, il déclare insuffisante l'énonciation d'un écrit portant que l'objet stipulé par une personne a été promis par telle et telle autre, sans dire comment il l'a été, en sorte que l'on n'aperçoit pas si chacun a répondu de manière à ce qu'il existât dans l'obligation deux coprometttans: *ita ut duo rei promittendi fierent.* Ainsi, d'après la décision de Papinien, l'acte dressé pour servir de preuve prouve ce qu'il énonce, et rien de plus. Pour justifier que telle ou telle obligation doit produire l'effet que lui attribue notre texte, l'écrit devra donc énoncer qu'elle a été contractée de manière à produire cet effet. Du reste, et quant à la forme même du contrat, Papinien ne s'en occupe nullement. Il faut donc nous référer uniquement au texte (*pr., h. t.*) que nous avons expliqué (3).

§ II.

987. Ceux que nous appelons *duo rei promittendi* s'obligent tous à la même dette; leur obligation est une, et a pour tous le même objet (985), la même étendue (*parem causam*; V. *Papin. fr.* 9, § 2, *h. t.*). Si

(1) *Fr.* 31, § 1, *de nov. et del.* La généralité de ce principe semblerait cependant avoir été controversée. Paul (*fr.* 27, *de pact.*) exprime, relativement à la novation, une opinion contraire à celle de Venuleius. Toutefois, le texte de Paul, tel qu'il nous est connu, pourrait très-facilement se plier aux différentes significations que donne une négation ajoutée ou retranchée; il ne serait donc pas impossible qu'il eût été altéré. — D'après le principe de Venuleius, la créance et le bénéfice de l'obligation appartiendraient, pour ainsi dire, au premier occupant parmi les costipulans; et celui-ci n'aurait à rendre aucun compte, à moins qu'il n'y fût obligé par un contrat particulier entre lui et ses costipulans. (V. *Ulp. fr.* 62, *ad leg. falcid.*; *Jul. fr.* 34, § 6 *de solut.*) Réciproquement, celui des coprometttans qui aurait soldé la dette serait considéré comme ayant toujours été seul débiteur (V. *Ulp d. fr.* 62, *Pothier, pand. just. XXXV, II*, 39); et alors il n'y aurait pas plus de recours entre eux qu'entre les costipulans. (V. cependant *Diocl. et Max. C.* 2, *h. t.*)

(2) *Voyez* Ulpien (*fr.* 51, § 4, *de evict.*) et Papinien, ou plutôt Paul (*fr.* 116, *de verb. obl.*). On oppose un texte de Pomponius (*fr.* 8, § 1, *de legat.* 1°), que Tribonien pourrait bien avoir accommodé à la constitution de Justinien (*C.* 28, *de fidej.*). Un autre texte d'Ulpien (*fr.* 1, § 43, *depos.*) paraîtrait plus formel, s'il était bien certain que le jurisconsulte voulût assimiler le dépôt et la stipulation. Il serait permis de croire qu'il a voulu opposer l'un à l'autre: cependant voyez Pothier (*Pand. just. XLV, II*, 7) et Vinnius (*hic* n° 3). Nous reviendrons sur cette question en expliquant le § 2, *de mandat.*

(3) Il existe sur ce point une Novelle (*nov.* 99) dont l'interprétation n'est rien moins que certaine. D'après cette constitution, et en supposant qu'elle dût s'appliquer aux obligations dont parle notre texte, la forme du contrat ne suffirait pas pour obliger chacun des coprometttans en totalité. Il faudrait que l'intention de s'obliger ainsi fût expressément declarée dans la stipulation. Voyez sur cette Novelle Vinnius (*hic*, n° 4), Pothier (*pand. just. XLV, II*, 15).

l'un promettait de donner ou de faire ce que l'autre ne promet pas, l'inégalité qui existerait entre leurs engagemens respectifs ne permettrait pas d'agir indistinctement contre l'un ou contre l'autre; ils ne seraient donc pas *duo rei promittendi*. (*Papin. d. fr.* 9, § 1, *eod.*) Ceux, au contraire, qui promettent autant l'un que l'autre, *parem causam suscipiunt*, lors même qu'ils promettent pour différentes époques (V. *Papin. d. fr.* 9, § 2), ou lorsque l'un promet purement et simplement ce que l'autre promet à terme ou sous condition (*text. hic; Florent. fr.* 7, *de duob. reis*). Dans l'intervalle, le créancier n'a qu'un débiteur à poursuivre; mais à l'événement du terme ou de la condition, il en aura deux. Alors il pourra opter, tandis que l'option serait toujours impossible entre deux débiteurs dont l'un devrait plus que l'autre. Ainsi donc il n'est pas nécessaire que la créance naisse en même temps contre tous les débiteurs, mais il faut au moins qu'elle puisse naître contre chacun, et qu'il ne soit pas impossible de jamais demander à l'un tout ce qui serait dû par l'autre. (V. *Papin. d. fr.* 9, § 2, *h. t.*; *Vinnius hic.*)

Les personnes dont il est question dans ce titre sont uniquement celles qui s'obligent ou envers qui l'on s'oblige par stipulation; et, en effet, nous sommes toujours dans les obligations dites *verborum*. Toutefois dans un dépôt, dans un commodat, dans une vente et dans tous autres contrats qui se forment sans aucune solennité verbale, l'intention des contractans peut aussi imposer à plusieurs une obligation commune, et lier chacun pour la totalité, comme les *duo rei promittendi* dont s'occupe notre titre. (V. *Papin. fr.* 9, *h. t.*)

TITRE XVII.

DE LA STIPULATION DES ESCLAVES.

PR

988. Les esclaves n'ont aucune capacité civile (V. *Ulp. fr.* 32, *de reg. jur.*), et leur concours dans une obligation verbale serait sans aucun résultat, s'ils contractaient de leur chef, soit en interrogeant (V. *Caius*, 3 *inst.* 114), soit en répondant. La stipulation serait comme s'il n'avait existé aucun interrogateur (*ac si nullus stipulatus fuisset*; § 3, *de novat.*) ou aucun interrogé (*ac si a nullo stipulatus fuissem*; *Caius*, 3 *inst.* 176, 179).

Cependant on leur permet de concourir à l'obligation verbale, non pour s'obliger, mais seulement pour stipuler *ex persona domini*; car les esclaves ont pour stipuler, comme pour recevoir les dispositions testamentaires (588, 670) la même capacité ou la même incapacité que le maître dont ils dépendent. Dans ce cas, c'est le maître qui semble, en quelque sorte, s'exprimer par la bouche de son esclave. (*Ulp. fr.* 45, *de verb. obl.*; V. § 4 *in fin.*, *de inutil. stip.*)

Lorsque le maître décède, l'hérédité reste vacante jusqu'à l'adition de l'héritier; et dans l'intervalle, ce que les esclaves stipulent profite à la masse héréditaire, et par suite à l'héritier qui recueillera l'hérédité. Toutefois ce dernier ne profite qu'indirectement des stipulations faites pendant la vacance, car ce n'est pas encore à lui que les esclaves héréditaires appartiennent, mais au défunt, comme si ce dernier n'avait pas cessé de vivre. La capacité dont il jouissait pour contracter et pour acquérir se continue dans ses esclaves pendant toute la vacance; dans ce sens, on dit que l'hérédité vacante représente la personne du défunt, *personæ defuncti vicem sustinet* (*text. hic*). Nous avons déjà vu ce principe énoncé dans les mêmes termes (§ 2, *de hered. inst.*); cependant on ajoute ici une restriction (*in plerisque*). En effet, les esclaves qui seraient valablement institués après la mort de leur maître et pendant toute la vacance, doivent attendre l'adition de l'héritier qui sera leur nouveau maître, pour accepter eux-mêmes l'hérédité d'un étranger; parce que l'hérédité déférée aux esclaves d'autrui ne peut être acquise par leur seule volonté; ils ont besoin d'un *jussus*, d'un consentement (518, 678) que ne donnerait certainement pas l'hérédité vacante. Pareillement, l'hérédité vacante ne représenterait pas le défunt relativement à un droit d'usufruit qui n'existe jamais indépendamment de la personne, l'usufruit ne peut donc être ni acquis ni stipulé par l'esclave héréditaire. (*Hermog. fr.* 61, *pr.* et § 1, *de adq. rer. dom.*; *Paul. fr.* 26, *de stip. serv.*)

§ I.

989. Il importe peu que l'esclave stipule expressément pour son maître, pour soi-même, pour un autre esclave soumis à la même puissance (*conservo suo*), ou sans désigner personne (*impersonaliter*). Dans tous les cas, l'obligation est toujours acquise au maître (V. § 4, *de inutil. stip.*) : cependant la distinction ne serait pas inutile, s'il s'agissait d'un fait personnel, *cum factum in stipulatione continebitur* (§ 2, *h. t.*).

§ II et III.

Par exemple, lorsque l'esclave stipule qu'il lui sera permis de passer (*ut sibi ire, agere liceat*). C'est ici une faculté que le promettant s'oblige de laisser à tel ou tel individu, et comme elle a été limitée à la personne du stipulant (*ut sibi liceat*), le promettant reste libre d'interdire le passage à tout autre, et même au maître de l'esclave stipulant (*text. hic*; V. *Paul. fr.* 44, *de cond. et dem.*). Ce dernier ne profite donc pas de la stipulation? Il en profite en ce sens qu'il pourra faire passer son esclave, et agir *ex stipulatu* pour contraindre le promettant à remplir son obligation; mais comme cette obligation a pour objet le fait d'une personne déterminée, on ne peut, sans la dénaturer, l'étendre au fait d'une autre personne.

Dans l'exemple de notre texte, le fait est personnel au stipulant, parce qu'il a stipulé (*sibi*) pour soi-même; il pourrait stipuler la même faculté pour son maître, et alors elle serait attachée à la personne de ce dernier. (V. *Paul. fr.* 130, *de verb. obl.*) Du reste, si l'action que produit la stipulation se trouvait tellement inhérente à la personne du stipulant qu'un homme libre ne pût pas la transmettre à ses héritiers, l'esclave ne l'acquerrait pas à son maître, et alors il stipulerait inutilement. Un fils de famille ne l'acquerrait pas non plus à son père; mais la stipulation serait valable, parce qu'il n'est pas comme l'esclave qui stipule seulement *ex persona domini*. (V. *Caius*, 3 *inst.* 114; V. § 6, *de inutil. stip.*)

Il ne faut pas confondre la permission de passer dont il s'agit ici, avec le droit de passage ou toute autre servitude prédiale, qui, stipulée par l'esclave, s'attacherait au fonds du maître. (V. *Pompon. fr.* 17, *de stip. serv.*; *Vinnius hic.*)

(*Voyez* pour l'explication du § 3, *h. t.*, celle du § 3, *per quas person. nob. obl.*)

TITRE XVIII.

DE LA DIVISION DES STIPULATIONS.

PR. et § III.

990. Ordinairement ceux qui contractent, stipulent et promettent spontanément; alors c'est leur volonté qui détermine l'objet du contrat et l'étendue des obligations qui en résultent. Chacun stipule ou promet ce dont on est convenu et dans les termes convenus; enfin la stipulation et sa formule expriment la convention des contractans, rien de plus, rien de moins (*ex conventione utriusque partes concipiuntur... ex conventione contrahentium*, § 3) sans l'ordre d'aucun juge ou d'aucun magistrat (*neque jussu judicis, neque jussu prætoris*, § 3), quelquefois, au contraire, le juge ou le magistrat interpose son autorité pour amener indirectement l'une des parties à contracter un engagement dont l'objet et l'étendue sont déterminés à l'avance.

Sous ce rapport, on distingue ici les stipulations spontanées, dites conventionnelles (*pr.*), et on les oppose aux stipulations provoquées par l'autorité du juge ou du magistrat. Les premières varient à l'infini, et se multiplient au gré des parties, suivant le besoin des affaires (§ 3); les autres ne sont ordonnées que pour des causes et dans des circonstances spéciales. On les divise en trois classes (*pr. h. t.*).

§ I.

991. Dans la première sont rangées, sous le titre de stipulations judiciaires, celles que le juge ordonne et peut seul ordonner (*a mero judicis officio proficiscuntur*), ce qui suppose un litige préexistant, une instance introduite, et par conséquent une action intentée par une partie contre l'autre. Notre texte indique deux stipulations de ce genre; pour en expliquer l'usage et l'utilité, j'emprunterai les exemples de Théophile.

Je demande l'exécution d'une stipulation par laquelle mon adversaire est tenu de me

donner un esclave. Le défendeur condamné exécutera la sentence, mais il ne serait pas impossible qu'auparavant il eût pris quelque précaution frauduleuse pour me priver de la chose ; il a peut-être empoisonné l'esclave. Pour ma sûreté, le juge ordonne qu'en me livrant la chose, le défendeur garantira n'avoir commis aucun dol pour la détériorer (*Theoph*, *hic*). A cette occasion interviendra une stipulation que notre texte appelle *cautio*, parce qu'elle se forme, comme toutes les stipulations en général, pour la garantie du stipulant (V. *Ulp. fr.* 1, § 4, *de stip. prætor.*). On exige aussi la même sûreté du défendeur condamné à restituer la chose, soit au véritable propriétaire qui la revendique. (*Caius*, *fr.* 20, *de rei vind.*; *Ulp. fr.* 45, *eod.*), soit à celui qui intente l'action *quod metus causa* (*Ulp. fr.* 9, § 5 *et* 7, *quod met. caus.*; V. *Cujas ad fr.* 5, *de verb. obl.*)

992. La revendication d'un esclave par son véritable maître n'interrompt pas l'usucapion qui aurait commencé à courir pour le possesseur de bonne foi. Celui-ci pourra donc devenir propriétaire dans le cours de l'instance, sauf à rétablir ensuite l'ancien maître dans les droits que ce dernier aurait perdus (418). Dans ce cas, le possesseur condamné donne la garantie *de dolo* (*Caius*, *fr.* 18, *de rei vind.*), ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (991). Mais, si l'esclave s'échappe avant la sentence, le défendeur, qui n'est point complice de la fuite, ne sera pas condamné à restituer ce qu'il ne possède plus (V. *Ulp. fr.* 22, *eod.*) ; cependant comme il est devenu propriétaire, lui seul pourra, en cette qualité, suivre l'esclave et le réclamer. Alors il promet, par ordre du juge, de chercher l'esclave pour le revendiquer (*de persequendo servo qui in fuga est*), et ensuite restituer ou l'esclave ou sa valeur (*restituendove pretio*). Le défendeur à qui l'on n'impute aucune négligence, ne s'engage même pas à rechercher le fugitif ; il promet seulement de le restituer si celui-ci revient en son pouvoir. C'est le demandeur, alors, qui poursuit et qui exerce à ses risques et périls les actions que lui cède le défendeur devenu propriétaire. Dans le cas où la fuite de l'esclave précède l'accomplissement de l'usucapion, le défendeur n'a aucune action à céder, ni aucune garantie à fournir. Le demandeur est toujours propriétaire ; or, en cette qualité, il peut et doit revendiquer en son nom contre le nouveau possesseur. (V. *Paul. fr.* 21, *eod.* ; *Theoph.*, *hic*)

§ II.

993. Le juge dont nous venons de parler n'est point un magistrat ; c'est un particulier que le préteur charge de prononcer sur un litige dont il lui attribue la connaissance. Cette attribution, ainsi que nous l'avons dit (961), se fait par une action que le demandeur obtient contre le défendeur, et qui l'autorise à traduire ce dernier *in judicio*, c'est-à-dire devant le juge ; car devant le préteur les parties ne sont pas *in judicio*, mais *in jure*. Or il arrive souvent que le préteur, en donnant une action, et pour mieux en assurer l'exercice (V. *Ulp. fr.* 1, § 1, *de stipul. prætor.*), ou même sans accorder aucune action, ordonne que l'une des parties fournisse à l'autre certaines garanties. La stipulation qui intervient alors se nomme prétorienne : toutefois cette dénomination ne désigne pas ici toutes les stipulations ordonnées par le préteur, mais spécialement celles qui ne peuvent l'être que par lui (1).

Telle est la stipulation dite, *damni infecti*.

Le tort causé à autrui par les choses qui nous appartiennent, ne nous oblige point directement ; on ne peut rien exiger de nous lorsque nous abandonnons l'objet qui a occasioné le dommage. (V. § 2, *de noxal. act.* ; *pr.*, *si quadrup.*) Ainsi, lorsque mon bâtiment tombe sur l'héritage du voisin, celui-ci n'a point action contre moi. (*Caius*, *fr.* 6, *de damn. inf.*; *Ulp. fr.* 7, § 1, *eod.*) Pour lui en procurer une, ou plutôt pour en tenir lieu, le préteur me contraindra à lui promettre une indemnité ; mais il faut invoquer son autorité avant la chute du bâtiment, lorsque le mal que l'on peut prévoir n'existe pas encore. C'est pour la réparation de ce dommage à venir (*damnum infectum*; *Caius*, *fr.* 2, *eod.*) qu'intervient la stipulation *damni infecti*. Lorsque le mal est déjà fait, on ne peut plus recourir à

(1) *A mero prætoris officio*, par opposition aux stipulations communes dont il est question dans le § 4, *h. t.* Nous suivons ici la division de Pomponius (*fr.* 5, *de verb. obl.*), et nous prenons les mots dans le sens qu'il leur attribue lui-même. Ulpien emploie les mêmes expressions dans une autre acception. (V. *d. fr.* 1, § 2, *de stip. prætor.*)

l'autorité du préteur, il semble en effet que l'on doit s'imputer un défaut de précaution. (*Afric. fr.* 44, *eod.*) Cependant celui qui n'aurait aucune négligence à se reprocher pourrait encore recourir à la stipulation prétorienne. (V. *Caius, fr.* 8 ; *Ulp. fr.* 9, *eod.*)

Les légataires, surtout lorsqu'il s'agit d'une disposition à terme ou conditionnelle, ne peuvent pas exercer immédiatement leur action : cependant l'héritier dispose librement des biens héréditaires ; s'il devenait insolvable, les légataires n'exerceraient ensuite qu'une action très-inutile. Il importe donc que l'héritier garantisse l'exécution des dispositions testamentaires, et le préteur, sur la demande des légataires, le soumet à la caution dite *legatorum* (*text. hic* ; V. *Ulp. fr.* 1, *pr.* et § 2 ; *fr.* 14, *Paul. fr.* 15, *ut legat.*).

994. Les édiles sont des magistrats qui, comme le préteur, concouraient par leurs édits à l'établissement du droit honoraire (§ 7, *de jur. nat. gent.*), et, comme le préteur, ils interposaient quelquefois leur autorité pour faire contracter certaines stipulations. Ainsi, par exemple, en cas de vente, ils contraignent le vendeur à répondre que l'objet vendu n'a point tel ou tel vice, telle ou telle maladie. (V. *Ulp. fr.* 1, § 1, *de edilit. edict.*) Indépendamment du contrat de vente et des actions qu'il produit entre les parties, la stipulation édilitienne forme un second contrat qui augmente la sécurité de l'acheteur, en lui donnant une action particulière pour se faire indemniser dans le cas où la chose vendue ne serait pas réellement exempte des vices dont le vendeur a garanti l'absence (*Ulp. fr.* 31, *de evict.* ; V. *fr.* 1, § 2, *de stip. præt.* ; *Cujac. ad d. fr.* 5, *de verb. obl.*) Les stipulations prétoriennes, considérées comme elles le sont ici par opposition aux stipulations judiciaires, émanent A JURISDICTIONE (*text. hic*), c'est-à-dire du magistrat, *jus discentis*. (V. *Ulp. fr.* 1, *de jurisd.*) Or, devant l'édile, comme devant le préteur, les parties sont *in jure*, devant un magistrat qui *jus dicit*, et non pas *in judicio*. Les stipulations qu'il ordonne émanent aussi *a jurisdictione* ; on ne peut donc pas les séparer ici des stipulations prétoriennes ; et, en effet, cette qualification, dans le sens que lui donne notre texte, s'étend jusqu'aux stipulations édilitiennes.

§ IV.

995. Le tuteur ou curateur, et les fidéjusseurs qui s'obligent pour eux, garantissent en répondant au pupille ou au mineur qui stipule, *rem pupilli vel adolescentis salvam fore*. (V. § 20, *de inutil. stip.* ; *Ulp. fr.* 1, *fr.* 9, *rem. pupil. salv.*) Cette garantie, ainsi que nous l'avons dit, doit précéder tout acte d'administration, et c'est au préteur qu'il appartient d'y pourvoir (*curet prætor, etc.* ; *pr., de satisd. tut.*). Telle est la règle générale, et s'il en était toujours ainsi, les stipulations dont nous parlons seraient purement prétoriennes. Cependant il peut arriver que le tuteur, agissant au nom du pupille, obtienne une action contre un débiteur et le traduise *in judicio* ; et si ce dernier allègue le défaut de caution, il devient impossible de suivre l'instance. Dans ce cas, pour sortir d'affaires, et parce qu'il n'y a pas moyen de terminer autrement (*si aliter hæc res expediri non potest*), l'ordre du juge remplace quelquefois (*interdum*) celui du préteur : alors la stipulation *rem pupilli salvam fore*, prétorienne de sa nature, devient accidentellement judiciaire ; dans ce sens, Pomponius (*fr.* 5, *de verb. obl.*) et Justinien (*text. hic*) l'appellent commune, ainsi que la stipulation *de rato*, dont il sera question dans un autre titre (*liv.* 4, *tit.* 11 *de satisd.*).

TITRE XIX.

DES STIPULATIONS INUTILES.

Dans ce titre, qui n'est, à proprement parler, que le développement du titre XV *de verborum obligatione*, Justinien examine quelles choses peuvent être stipulées ou promises (*pr.*, § 1, 2, 22, 24), par qui (§ 7, 8, 9, 10 *et* 12), pour qui (§ 3, 4, 19, 20 *et* 21), entre quelles personnes (§ 6), de quelle manière (§ 5, 18, 23), à quels termes (§ 13, 14, 15, 16 *et* 26) et sous quelles conditions (§ 11 *et* 25).

§ I.

996. Il n'y a point d'obligation sans objet ; avant tout il faut donc que la chose

stipulée ait une existence réelle. On peut, il est vrai, promettre, comme on peut léguer (694) ce qui n'existe pas encore, par exemple, des fruits à naître (*Paul. fr.* 73, *de verb. obl.*; *Ulp. fr.* 75, § 4, *eod.*); mais celui qui s'engagerait à donner un esclave antérieurement décédé, ou un objet purement chimérique, comme un centaure, ferait une promesse sans objet et conséquemment inutile (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 97; *fr.* 1, § 9, *de obl. et act.*).

PR.

Stipuler une chose, c'est, dans le sens ordinaire, s'en faire promettre la propriété. Pour atteindre ce but il ne suffit pas que la chose existe, il faut encore que l'acquisition n'en soit pas impossible : car il y a des choses qui, par leur nature, repoussent toute idée de propriété, *quæ natura sui domino nostro exempta sunt*; (§ 2 *in fin.*, *h. t.*); et, par opposition à ces dernières, notre texte déclare que l'on peut valablement promettre et stipuler les objets *quæ domino nostro subjiciuntur*, c'est-à-dire ceux qui se trouvent soumis au droit de propriété, en ce sens qu'ils sont susceptibles d'être acquis aux particuliers. (V. *Vinnius*, *hic.*)

§ II ET XXII.

997. Une chose sacrée ou religieuse, une place ou un édifice que sa destination perpétuelle affecte à un usage public, un homme libre qui n'est pas même une chose, seraient inutilement stipulés et promis (1) par toutes personnes, parce que nul ne peut en devenir propriétaire : ce sont choses hors du commerce (695). Toutefois, et relativement aux objets dont l'acquisition ne serait pas universellement impossible, il existe quelquefois des obstacles particuliers qui empêchent tel ou tel individu d'acquérir la chose que tout autre pourrait acquérir; et, lorsqu'un pareil obstacle se rencontre dans la personne du stipulant, il suffit encore pour anéantir la promesse : c'est donc inutilement que Titius stipulerait une chose dont il est incapable d'avoir la propriété (2), ou la chose qui, étant déjà sienne (*rem suam*), ne saurait devenir pour lui l'objet d'une nouvelle acquisition (699).

Dans ces différens cas, la nullité de l'obligation vient d'une cause unique, de l'impossibilité d'exécuter la promesse qui consiste à donner, c'est-à-dire à transférer la propriété de l'objet promis. Il faut donc ne promettre à chacun que ce dont il peut recevoir la propriété (*Caius*, 3 *inst.* 97; *Paul. fr.* 83, § 5, *de verb. obl.*) : autrement la promesse reste inutile pour toujours, lors même que l'obstacle primitif viendrait à cesser, par exemple, si le stipulant devenait capable d'acquérir, si la chose promise cessait de lui appartenir, ou enfin si l'objet stipulé changeait de nature et passait dans le commerce, comme une personne libre qui tombe en servitude. Il n'en est pas ici comme pour les choses futures (V. § 1, *h. t.*) dont l'existence conditionnelle tient l'obligation en suspens : notre texte s'applique à la promesse d'un objet existant, on le promet tel qu'il existe; la stipulation est pure et simple; l'obligation qu'elle est susceptible de produire doit se former à l'instant même ou ne se former jamais (*nec in pendenti, etc.*; § 2, *h. t.*; V. *Paul. d. fr.* 83, § 5, *de verb. obl.*).

998. Que décider si la stipulation, suspendue par une condition expresse, reportait la dette à une époque ultérieure? faudrait-il apprécier l'obligation d'après les circonstances existantes au temps du contrat, ou d'après celles qui existeraient à l'événement de la condition? Cette question ne s'élève pas relativement aux choses que leur nature même place hors du commerce (*quæ natura sui, etc.*; § 2, *h. t.*), comme un homme libre, un objet sacré ou religieux, etc. On ne doit ni supposer que le premier tombera en servitude ou que le second changera jamais de nature, ni contracter dans la prévoyance d'un événement semblable (§ 2 *in fin.*, *h. t.*; *Paul. d. fr.* 83, § 5); aussi notre texte déclare expressément, pour ces sortes de choses, qu'elles ne peuvent jamais (*nullo modo*) faire l'ob-

(1) Nous verrons plus loin (§ 5, *de empt. vend.*) que la vente de pareils objets ne serait pas entachée d'une nullité aussi absolue.

(2) CUJUS COMMERCIUM NON HABUERIT (§ 2, *h. t.*; *V. Paul. fr.* 49, § 1 *et* 2, *de legat.* 2°). Ainsi, par exemple, un esclave chrétien ne peut appartenir à un maître juif (*Honor. et Theod. C.* 1, *ne christ. manc.*). Observez, à cet égard, qu'il n'y a pas réciprocité entre le stipulant et le promettant. Ce dernier s'oblige valablement pour une chose *cujus non commercium habet*. Il suffit que l'objet promis puisse appartenir au stipulant. ((*Ulp. fr.* 34, *de verb. obl.*)

jet d'aucune obligation (§ 2, *in fin.*).

Il en est autrement lorsque l'impossibilité d'acquérir ne tient pas à la nature de la chose, mais à un obstacle temporaire ; rien n'empêche d'en prévoir et d'en attendre la cessation. Ainsi, lorsqu'on me promet sous condition la chose qui m'appartient, la promesse n'est pas absolument nulle. Pour apprécier son effet, on examine l'époque où doit commencer la dette ; or cette époque, qui, dans un contrat pur et simple, se confond avec le contrat même, n'arrive dans une obligation conditionnelle qu'à l'événement de la condition. C'est alors qu'il importe de savoir si la chose promise appartient ou n'appartient pas au stipulant (*Pompon. fr.* 31, *de verb. obl.*), et s'il était certain que celui-ci dût alors être propriétaire, il serait par cela même certain que la stipulation n'aura jamais aucun effet. Nous en trouvons la preuve et l'exemple dans notre texte (§ 22, *h. t.*; *Paul. fr.* 87, *de verb. obl.*).

999. D'après ce que nous venons de voir, la promesse de donner suppose nécessairement un objet dont la propriété puisse être transférée au stipulant; autrement, en effet, la stipulation serait inutile. Par le même motif, celle qui aurait été valablement contractée (*licet initio utiliter in stipulatum deducta sit*) cesserait de valoir et ne lierait plus le débiteur, si la possibilité d'en rendre le stipulant propriétaire venait à cesser, ou par l'anéantissement complet de la chose (741 ; *Pompon. fr.* 23 *et* 33, *de verb. obl.*), ou par l'événement qui ramènerait l'obligation à l'un des cas dont nous avons parlé ci-dessus (*in earum quam causam de quibus supra dictum est*), c'est-à-dire si l'esclave était affranchi, si le terrain devenait sacré, religieux, etc. (1). Toutefois, dans ces différens cas, le débiteur ne serait pas libéré s'il y avait contribué d'une manière quelconque : il faut que l'événement arrive, non-seulement sans aucune faute, mais sans aucun fait du débiteur, *sine facto ejus* (*text. hic*) ; car son fait, loin d'éteindre jamais l'obligation, ne servirait qu'à la perpétuer (V. *Paul. fr.* 58, § 1, *de fidej.*), et alors le créancier obtiendrait la valeur de la chose, ainsi que nous l'avons dit plus haut (741). Il en est de même quand la chose périt ou est mise hors du commerce, même sans aucune faute et sans aucun fait du débiteur, mais lorsqu'il est en demeure, c'est-à-dire en retard de donner la chose promise. (*Ulp. fr.* 82, § 1, *de verb. obl.*; *Paul. fr.* 91, *eod.*)

Lorsque le stipulant acquiert la propriété de l'objet promis, il devient impossible de la lui transférer, et dans la position où cette acquisition place les parties, la chose stipulée ne pourrait plus l'être, car on stipule inutilement sa propre chose : cependant le débiteur n'est pas indistinctement libéré (2). Ne pouvant plus donner la chose, il est tenu d'en payer la valeur, excepté dans le cas dont nous avons déjà parlé (702), c'est-à-dire lorsque deux causes lucratives concourent relativement au même objet et en faveur du même individu. Il faudrait donc pour cela que le débiteur se fût obligé par pure libéralité, et que l'acquisition du stipulant fût entièrement gratuite (*Julian. fr.* 17 *et* 19, *de obl. et act.*), par exemple, lorsqu'il devient héritier du propriétaire. (*Paul. fr.* 83, § 6, *de verb. obl.*)

§ XIV.

1000. Une promesse impossible à exécuter (*impossibilis repromissio*, § 5, *de verb. obl.*) n'est jamais obligatoire, soit qu'il s'agisse de donner, soit qu'il s'agisse de faire. Ainsi, lorsqu'on stipule un fait, il faut avant tout que ce soit un fait possible. (*Cels. fr.* 185, *de reg. jur.*)

On exécute, et même avec trop de facilité, un homicide, un sacrilége et une multitude d'autres actes contraires aux lois ou aux bonnes mœurs. En promettant de commettre un semblable fait, contracterait-on une véritable obligation, ou, en d'autres termes, le droit civil et les magistrats emploiraient-ils leur autorité pour exiger l'accomplissement d'un fait qu'ils doivent empêcher ou punir, d'un fait que la loi voudrait rendre impossible ? Ce serait une

(1) Paul (*fr.* 83, § 5, *de verb. obl.*) déclare que l'obligation ainsi éteinte ne renaîtra jamais, soit que l'affranchi retombe en servitude, soit que la chose devenue sacrée, religieuse, etc., rentre dans son état primitif : Celsus (*fr.* 9, § 3, *de legat.* 3°) décide le contraire ; mais son opinion n'a point été admise. (V. *Paul. fr.* 98, § 8, *de solut.*)

(2) Une obligation s'éteint lorsque *in eum casum inciderit a quo incipere non potest* ; nous en avons donné plusieurs exemples (999). Paul, ainsi que nous l'avons vu précédemment (710), donnait à cette règle une application plus étendue que Papinien, et toutefois Paul (*fr.* 140, § 2, *de verb. obl.*) nous avertit lui-même que cette règle n'est pas universelle : *non in omnibus verum est*.

contradiction choquante; aussi n'obtient-on jamais aucune action en vertu des conventions faites *ex turpi causa* (*text. hic; Pompon. fr. 27, de verb. obl.*), c'est-à-dire pour obliger une personne à contrevenir aux lois, aux mœurs et au bon ordre (§ 7, *de mandat.; Diocl. et Maxim. C. 4, de inutil. stip.* V. ci-après le § 11 et son explication).

§ VIII.

1001. L'interrogation et la réponse dont se compose la stipulation ne sont qu'une manière spéciale d'exprimer le consentement des parties, consentement à défaut duquel il n'existerait jamais ni stipulation, ni aucun autre contrat. (V. *Ulp. fr.* 1, § 3, *de pact.*) Pour stipuler ou pour promettre utilement, il faut donc avoir l'intelligence, dont les fous sont totalement privés (*text. hic; Caius*, 3 *inst.* 106). Aussi, et sauf les intervalles lucides, sont-ils incapables de contracter par stipulation ou de toute autre manière (*Caius, fr.* 1, § 12, *de obl. et act.; Diocl. et Max. C.* 2, *de contrah. empt.*); ils n'acquièrent, ils ne s'obligent et n'obligent les autres, que dans les cas où l'acquisition et l'obligation seraient indépendantes de leur volonté (§ 3, *de hered. quæ ab inst.; Paul. fr.* 46, *de obl. et act.*, V. 676, 1093).

§ IX.

1002. Les impubères n'ont point encore la maturité, le jugement (*animi judicium*, § 1, *quib. non est permiss.*) nécessaires pour tester (560); mais ils peuvent avoir une intelligence (*aliquem intellectum*, § 10 *h. t.*) qui déjà suffirait pour contracter. On ne doit donc pas les confondre avec le fou qui *non intelligit*, et qui, en conséquence, n'est capable d'aucun contrat (*nullum negotium*, § 8, *h. t.*). Le pupille, au contraire, est capable de tout, *omne negotium recte gerit*, sauf toutefois l'autorisation du tuteur, dans le cas où, suivant les distinctions précédemment exposées (*liv.* 1, *tit.* 21), cette autorisation serait nécessaire (258).

§ X.

Ce qu'on vient de dire s'applique non pas à tous les pupilles, mais à ceux qui ne sont pas trop jeunes pour avoir *aliquem intellectum*. A cet égard, notre texte distingue, 1° le pupille *infans*; 2° celui qui, n'étant plus *infans*, serait encore *infantiæ proximus*, et enfin 3° celui qui approche de la puberté *pubertati proximus*. C'est à ce dernier et à lui seul que l'on reconnaissait l'intelligence nécessaire pour contracter; car, dans les deux premiers âges, la raison d'un impubère ne le place guère au-dessus d'un fou, *non multum a furioso distant*. Cependant une interprétation moins rigoureuse a prévalu en faveur du pupille *infantiæ proximus*, et parce qu'il n'est plus incapable de parler, on a pensé qu'il pouvait stipuler et promettre comme celui qui serait *pubertati proximus* (*text. hic; V. Caius, d. fr.* 1, § 13): ainsi donc il s'oblige envers les autres, avec l'autorisation de son tuteur, et oblige les autres envers soi, lors même qu'il n'a point été autorisé. (§ 9, *h. t.*) Il en est autrement du pupille *infans* qui, restant assimilé au fou, ne consent pas plus que lui, et comme lui n'oblige ni soi-même ni les autres. (*Caius, fr.* 1, § 12, *de obl. et act.; Ulp. fr.* 1; *fr.* 70, *de verb. obl.*)

On appelle *infans* celui qui n'a pas encore l'usage de la parole, *qui fari non potest* (*Ulp. de fr.* 70, *de verb. obl.*); et l'on considère comme tel tout impubère qui a moins de sept ans (*Theod. et Valent. C.* 18, *de jur. de lib.; Ulp. fr.* 1, § 2, *de admin. et peric.*), âge au-dessous duquel on parle souvent, mais sans intelligence (V. *Modest. fr.* 14, *de sponsal.*). Depuis l'enfance jusqu'à la puberté, le temps qui reste à courir se divise en deux périodes; leur distinction, que nous venons de voir effacer relativement à la capacité de contracter, subsiste toujours sur d'autres points (V. § 18, *de obl. quæ ex del.*); cependant aucun texte ne nous apprend à quelle époque l'impubère passe d'une période à l'autre, ni par conséquent à quel âge il cesse d'être *infantiæ proximus* pour devenir *pubertati proximus*. De toutes les conjectures proposées à cet égard par les interprètes, la plus vraisemblable est celle d'Accurse, qui partage en deux temps égaux l'intervalle de l'enfance à la puberté (V. *Vinnius hic*).

Les pupilles ne sont pas seulement impubères; ils sont en outre *sui juris*, et à ce titre ils ont des intérêts nombreux à raison desquels un père de famille ne peut s'em-

pêcher de contracter fréquemment, soit pour obliger les autres, soit pour s'obliger lui-même. Il a donc fallu permettre que le père de famille impubère s'obligeât, du moins pour son propre avantage; et, dans ce cas même, il ne s'oblige qu'avec l'autorisation de son tuteur. Les mêmes raisons n'existent pas pour le fils de famille dont les intérêts, sauf ce qui concerne son pécule, sont confondus avec ceux de l'ascendant dont il dépend. Toutefois il peut stipuler (§ 1, *de stip. serv.*); il peut aussi s'obliger comme toute autre personne libre (1), mais seulement après l'âge de puberté. Plus jeunes, les fils de famille ne s'obligent jamais, même avec l'autorisation de celui dont ils dépendent. (*text. hic in fin.; Caius, fr.* 141, § 2, *de verb. obl.*)

§ VI.

1003. La stipulation, comme tout autre contrat, tend à établir entre les parties une obligation, et, par suite, une action dont l'exercice suppose plusieurs intérêts distincts et opposés; mais il est certaines personnes qu'un intérêt toujours unique confond, pour ainsi dire, en une seule (539), et qui par conséquent ne peuvent s'obliger l'une envers l'autre. Tels sont le père de famille et les enfans soumis à sa puissance, du moins lorsque ces derniers ne contractent pas relativement aux pécules dont ils sont propriétaires (*Papin. fr.* 15, § 1 *et* 2, *de cast. pecul.; Ulp. fr.* 2, *de contrah. empt.*). La même raison empêche toute obligation du maître envers son esclave (*Diocl. et Max. C.* 18, *de trans.*); et réciproquement elle empêcherait toute obligation de l'esclave envers son maître, s'il n'existait pas pour ce dernier cas une raison plus générale. En effet, les contrats d'un esclave, bien que celui-ci stipule utilement du chef de son maître (989), ne peuvent l'obliger envers qui que ce soit (*text. hic; Paul. fr.* 43, *de obl. et act.*)

Nous parlons ici des obligations proprement dites ou civiles (953), car l'esclave peut être obligé naturellement même envers son maître. (§ 1 *de fidej.*; § 4 *in fin., quod cum eo; Paul. fr.* 13, *de condict. indeb.; Ulp. fr.* 14, *de obl. et act.*)

(1) § 6, *h. t.; Caius, fr.* 39, *de obl. et act.; Ulp. fr.* 6, § 7, *de act. empt. Voy.* cependant le § 7, *quod cum eo contract.*

§ VII ET XII.

1004. Le contrat que forme la stipulation ne résulte pas uniquement de la volonté des parties, comme la vente, le louage et autres contrats dont nous parlerons plus loin (*pr., de obl. ex consens.*) Outre le consentement des contractans, l'obligation verbale exige que chacun d'eux prononce, soit pour interroger, soit pour répondre, des paroles dont l'autre perçoit le son. Il est donc impossible que la stipulation ait jamais lieu entre personnes dont l'une serait sourde ou muette (*text hic; Ulp. fr.* 1, *de verb. obl.*)[1], c'est-à-dire totalement privée de la faculté d'entendre ou de parler (*text. hic*; § 3, *quid. non est permiss.; Caius, fr.* 1, § 14, *de obl. et act.*)

Pareillement, deux absens, et cette expression désigne ici les personnes trop éloignées l'une de l'autre pour entendre ce que chacune dirait, deux absens, dis-je, prononceraient en vain la question et la réponse dont se compose toute stipulation (§ 12, *h. t., Ulp. d. fr.* 1, *pr. et* § 1 *de verb. obl.*)

§ V ET XVIII.

1005. Cette question et cette réponse concourant au même but, formant une seule et même obligation, ont entre elles une liaison intime, et l'on conçoit que le promettant ne répond véritablement pas lorsque sa réponse ne cadre pas avec l'interrogation (*ad ea quæ interrogatus fuerat*). Tel est entre autres cas celui où la réponse exprimerait une condition ou un terme qui ne serait pas dans la question, et réciproquement (§ 5, *h. t.; Ulp. fr.* 1, § 3, *de verb. obl.*) Tel est, à plus forte raison, le cas où la chose promise ne serait pas la chose demandée (V. § 23, § 18, *h. t.; Paul. fr.* 83, § 1, *de verb. obl.*)

Ce principe ne peut souffrir aucune difficulté, mais son application offre quelques doutes, relativement aux sommes que notre texte prend pour exemple. Caius (3 *inst.* 102) considère deux sommes inégales comme deux objets différens, et lorsqu'une demande de dix mille francs a été répondue par une promesse de cinq, la stipulation lui paraît inutile, c'est-à-dire, quoiqu'en dise Vinnius (*hic*, n° 7) complètement inu-

tile, Justinien (§ 5, *h. t.*) adopte ici l'avis do Caïus; et, pour mieux le confirmer, il étend la décision au cas inverse (*vel contra*, § 5, *h. t.*), en supposant quo la somme promise excèderait la somme demandée. L'opinion de Caïus ne se trouve pas au Digeste : elle y est remplacée par deux textes de Paul et d'Ulpien (*fr.* 83, § 3, *de verb. obl.*, *fr.* 1, § 4, *eod.*), qui, dans l'inégalité des sommes, aperçoivent non pas une différenco d'objet, mais une différenco de nombre ou de quantité; et comme, dans les quantités, le plus contient toujours le moins, ils décident que, malgré l'inégalité des sommes, la réponse peut cadrer avec l'interrogation, mais seulement pour la moindre des deux valeurs.

Pareillement, dit Paul (*d. fr.* 83, § 4, *eod.*), si mon interrogation porte sur plusieurs choses, le répondant qui restreint sa promesse à l'une ou à quelques-unes des choses stipulées, s'oblige et doit uniquement celles *pro quibus responderit* (§ 18, *h. t.*). En effet, dans cette hypothèse, chaque chose considerée isolément forme l'objet d'une stipulation particulière. Il existe donc plusieurs stipulations réunies, mais distinctes et indépendantes entre elles; car l'uno peut s'achever, et former uno obligation valable, tandis que, pour un objet différent, l'autre resterait imparfaite (*ex pluribus enim, etc.*; § 18, *h. t.*; *Ulp. fr.* 29, *eod*). C'est ce qui arrive pour chaque chose en particulier (*singulas res*, § 18, *h. t.*) lorsqu'elle n'est pas comprise comme elle devrait l'être, et dans l'interrogation et dans la réponse (§ 18 *in fin.*, *h. t.*; V. *Ulp. fr.* 1, § 5, *eod.*).

1006. Celui qui veut mettre dans la seconde tout ce que contient la première peut le faire d'un seul mot, en répondant par lo verbe même dont on se sera servi pour l'interroger, SPONDEO, PROMITTO, DABO, FACIAM, etc.; ce seul mot promet tacitement tout ce qu'on a demandé (§ 18, *h. t.*), aux termes et sous les conditions énoncées dans l'interrogation avec laquelle cette réponse abrégée cadre toujours parfaitement : aussi, lorsqu'on veut ne pas répondre conformément à ce que demande le stipulant, il faut avoir soin d'exprimer l'objet, le terme ou la condition pour lequel on s'engage (§ 5 *in fin.*, *h. t.*).

Pour répondre conformément à l'interrogation, il faut promettre la chose demandée, mais il importe peu que les contractans la désignent chacun par un nom particulier : il suffit que l'objet soit le même. (*Paul. fr.* 136, *de verb. obl.*; *Florent. fr.* 65, § 1, *eod.*)

§ XXIII.

Réciproquement, le même nom employé dans l'interrogation comme dans la réponse n'établirait entre elles qu'une apparente et insuffisante conformité, si les parties ne l'appliquaient pas toutes au même objet. Ainsi, par exemple, on stipule de moi l'esclave Stichus, et je promets de lo donner; cependant je me trompais de nom, je pensais à un autre esclave qui ne s'appelle pas Stichus, comme je le croyais, mais Sempronius. Dès-lors et quel quo soit le nom de ce dernier, c'est lui que j'ai promis, et non pas Stichus. Ma réponse et l'interrogation du stipulant n'ont pas le même objet, elles ne cadrent donc pas ensemble. Aussi l'obligation qu'elles devaient concourir à former reste nulle, comme si l'on n'avait fait aucune réponse, *ac si ad interrogatum responsum non esset*.

La nécessité de répondre conformément à l'interrogation n'existe que dans les obligations verbales. Ce principe et les conséquences qui en dérivent (§ 5, 7, 12 *et* 18, *h. t.*) sont étrangers aux contrats consensuels (*Paul, fr.* 35, § 2, *de verb. obl.*). Quant à la nullité que prononce notre texte, elle aurait lieu dans tous les contrats, parce qu'elle ne tient pas uniquement à un défaut de conformité entre l'interrogation et la réponse, mais aussi à un défaut de consentement. (V. *Paul. fr.* 83, § 1; *Venul. fr.* 137, § 1, *eod.*)

§ III ET XXI.

1007. Les conventions, et particulièrement l'obligation verbale, produisent leur effet entre les contractans sans jamais préjudicier à autrui (*Scævol. fr.* 73, § 4, *de reg. jur.*; *Papin. fr.* 74, *eod.*); il faut donc que chacun promette et prenne pour soi-même les engagemens qu'il lui convient do prendre. Si je promets qu'une chose sera donnée ou qu'un fait sera exécuté par Titius, évidemment je ne lie pas ce dernier; et comme il n'a pas été question de donner ou de faire moi-même, le stipulant n'a aucune action contre moi (*text. hic*; *Paul. fr.* 83, *de verb. obl.*; *Ulp. fr.* 38, § 1, *eod.*; *Hermog. fr.* 65, *de fidej.*).

Il en est autrement lorsque je promets de faire donner ou de faire exécuter la chose par Titius (*effecturum se ut Titius daret*, § 3 *h. t.*) ; car alors je prends pour moi-même un engagement personnel ; il faut que j'amène Titius à exécuter la chose convenue, et tant qu'il ne l'aura pas fait je serai tenu envers le stipulant (§ 3, *h. t.*; V. *Paul. d. fr.* 83, *de verb. obl.*). Pareillement, rien n'empêche, lorsqu'on répond pour Titius, de répondre aussi pour soi-même, en prévoyant le cas où Titius n'exécuterait pas la promesse, et en s'engageant conditionnellement par une seconde stipulation à donner l'équivalent (*quanti ea res sit*; *Ulp. fr.* 38, § 2, *de verb. obl.*) ou une peine (§ 21, *h. t.*), c'est-à-dire une valeur fixe et déterminée par la convention même (975).

§ XIX.

Réciproquement, la stipulation que je ferais au profit de Titius ne produirait aucune action ni pour Titius, parce qu'il est étranger au contrat, ni pour moi-même, parce que je suis sans intérêt; ***nihil interest stipulatoris*** (*text. hic*). On ne peut donc ni promettre ni stipuler pour autrui : toutefois, dans ce cas, comme dans le précédent, je puis stipuler pour moi-même une peine, c'est-à-dire une somme que le répondant promet de me payer s'il n'accomplit pas la stipulation première. J'aurais alors un intérêt évident, et par suite une action pour demander, non pas la chose que j'ai stipulée pour Titius, mais la peine.

1008. Cette peine, dont il importe de préciser le caractère, sanctionne ici le contrat qui, par lui-même, n'a rien d'obligatoire ; elle est encourue pour inexécution d'une stipulation inutile, et encourue pour la totalité, quel que soit d'ailleurs l'intérêt du demandeur dans cette stipulation, et lors même qu'il n'en avait aucun, *etiam ei cujus nihil interest* (*text. hic*; *Ulp. fr.* 38, § 17, *de verb. obl.*). Ces différens effets de la clause pénale prouvent suffisamment qu'on ne peut la considérer ni comme l'évaluation et la représentation d'un intérêt qui peut ne pas exister, ni comme l'accessoire de l'obligation qu'elle sanctionne, et dont elle reste indépendante : mais, nous l'avons déjà dit, la peine stipulée et promise devient l'objet d'un contrat particulier qui se forme conditionnellement pour le cas où une promesse antérieure resterait sans exécution ; et que fait alors la validité ou la nullité de cette promesse? Il s'agit d'un contrat subséquent et de la condition dont il dépend ; or, cette condition est accomplie par cela seul que la promesse antérieure n'est pas exécutée comme elle aurait pu l'être (1).

Quant à la manière dont peut être conçue la stipulation pénale, voyez les derniers mots de notre texte, et ceux du § 7, *de verb. obl.*

§ XX.

1009. La stipulation que je fais pour un autre est nulle, même envers moi, parce que je n'ai régulièrement aucun intérêt dans les affaires d'autrui (1007) ; mais cet intérêt existe quelquefois, et alors il valide l'obligation, ***placuit stipulationem valere*** (*text. hic*).

Ainsi, par exemple, j'ai un procureur chargé de mes affaires; j'ai un créancier qui, faute de paiement à jour fixe, pourra se prévaloir d'une clause pénale ou vendre les biens qui lui ont été donnés en gage (513). Il importe à la bonne administration de mes affaires que mon procureur ne manque pas d'argent; il importe à ma libération que mon créancier reçoive ce qui lui est dû : je puis

(1) *V.* Vinnius (*hic*, nº 1). Ceux qui veulent considérer la clause pénale comme l'accessoire de la promesse qu'elle sanctionne disent que la nullité de celle-ci annule la peine. Cette proposition, dont la généralité serait démentie par les textes que nous expliquons (§ 19 *et* 21, *h. t.*) s'appuie sur une décision d'Ulpien (*fr.* 69, *de verb. obl.*). Dans l'espèce on avait stipulé un esclave qui était mort au moment du contrat : le promettant ne doit ni l'esclave ni la peine. Et pourquoi n'encourt-il pas la peine? est-ce parce qu'il ne doit pas l'esclave? C'est, selon moi, parce que la condition de la clause pénale n'est pas accomplie. En effet, la non-exécution que les parties ont prévue et dont elles ont fait dépendre la peine, est la non-exécution volontaire, celle qui arriverait par la faute ou par le fait du débiteur. Conséquemment la non-exécution d'une chose impossible ne tombe pas dans le cas de la clause pénale.

Je raisonne ici dans l'hypothèse où les contractans, ignorant la mort de l'esclave, croyaient stipuler et promettre une chose possible. Dans le cas contraire, la promesse de donner l'esclave ne serait pas moins nulle ; mais je devrais la peine, c'est-à-dire la somme promise pour le cas où je ne donnerais pas cet esclave que nous savions ne plus exister. En effet, cette dernière promesse ne diffère en rien de celle que je ferais pour le cas où je n'atteindrais pas les astres, ou sous la condition de ne pas exécuter tout autre fait impossible ; elle doit donc valoir. (1013 ; V. § 11, *h. t.*)

donc valablement stipuler une chose que le promettant sera tenu de donner soit à l'un soit à l'autre (*text. hic; Ulp. fr.* 38, § 21, 22 *et* 23, *de verb. obl.*).

Notre texte a commencé par un autre exemple dont l'explication dépend d'une explication précédente : on suppose, en effet, qu'un pupille a plusieurs tuteurs, dont l'un, après avoir entrepris la gestion, l'aurait ensuite cédée à un autre tuteur qui offrait la caution ou satisdation dont nous avons parlé (*liv.* 1, *tit.* 24). A cet effet on emploie une stipulation dans laquelle le tuteur onéraire et son fidéjusseur promettent *rem pupilli salvam fore*. Cette promesse concerne directement le pupille ; c'est lui qui doit la stipuler et la recevoir en interrogeant lui-même le tuteur onéraire et son fidéjusseur : mais comme le tuteur honoraire, déchargé de la gestion, n'en reste pas moins responsable (*text. hic*; 282, 288), il se trouve indirectement intéressé dans toutes les garanties qu'obtiendra le pupille ; et cet intérêt valide l'obligation que le tuteur onéraire et son fidéjusseur contractent envers le cotuteur, lorsque ce dernier stipule *rem pupilli salvam fore* (1).

§ IV.

1010. La créance résultant d'une obligation contractée envers une personne *alieni juris* appartient au père de famille sous la puissance duquel se trouve le stipulant (*pr.*, *per quas pers. nob. obl.*). Ce qu'on devrait à l'esclave serait toujours dû au maître. Aussi l'esclave stipule valablement pour son maître (*cujus juri subjectus sit; text. hic*), ou pour un des esclaves de ce dernier (*conservo suo*; § 1, *de stip. serv.*); et réciproquement le maître peut stipuler pour son esclave (*ei qui juri tuo subjectus est*, *text. hic in fin.*). Il en est de même entre un père de famille et les enfans soumis à sa puissance, du moins pour tout ce qu'il acquerrait par eux (*text. hic in fin.*, § 1 *de stip. serv.*); en sorte que l'impossiblité de stipuler pour autrui s'entend exclusivement des personnes à qui ou par qui le stipulant ne peut point acquérir (V. *pr.*, § 1 *et* 2, *per quas pers. nob. obl.*), en un mot, des personnes étrangères ou externes (*extraneam personam; text. hic*; § 5, *per quas pers. nob. adq.*) qui ne sont pas de la même maison (514).

1011. Si l'on stipule inutilement pour elles en ce sens qu'on ne leur acquiert aucune action, on peut cependant désigner un tiers pour recevoir la chose promise ; et alors le paiement fait à celui-ci, fût-il fait malgré le stipulant (*etiam invito eo*), suffit pour libérer le débiteur. En effet, il use d'une faculté que lui donne le contrat, et que ne doit pas lui enlever le caprice du stipulant. (V. *Caius*, *fr.* 106, *de solut.*; *Ulp. fr.* 12, § 3, *eod.*) Toutefois ce dernier n'en reste pas moins seul créancier ; l'obligation n'appartient qu'à lui (*obligatio quidem stipulatori adquiritur*); c'est à lui qu'il doit être rendu compte du paiement reçu par un autre. On lui donne, à cet effet, l'action de mandat (*text. hic*). La tierce personne désignée pour recevoir la chose promise n'est donc qu'un mandataire du stipulant ; c'est un adjoint que la convention lui donne, non pour profiter de la stipulation, mais pour en faciliter l'exécution ou le paiement. Les interprètes l'appellent *adjectus solutionis gratia* (*Pothier*, *pand. just. XLVI*, *III*, 40), à cause des expressions de Papinien (*fr.* 95, § 5, *de solut.*).

(1) *Text. hic; Ulp. fr.* 38, § 20, *de verb. obl.* Cet exemple prouve qu'en général le tuteur ne peut ni stipuler pour le pupille, ni lui acquérir aucune action lorsqu'il contracte pour ce dernier et en son nom. Toutefois il est plusieurs cas où l'on est forcé de déroger au droit en donnant au pupille une action utile (384) contre ceux qui auraient contracté avec son tuteur (*Diocl. et Max. C.* 2 *et* 4, *quando ex fact. tut.*; *Ulp. fr.* 2, *eod.*) Régulièrement le pupille stipule lui-même, et lorsqu'il est *infans* ou absent, c'est un de ses esclaves qui doit stipuler pour lui, parce que le maître profite toujours des obligations contractées envers ses esclaves (988, 1101). Si le pupille n'a point d'esclave, on doit lui en acheter un (*Ulp. fr.* 2, *rem. pup. salv.*); subsidiairement enfin, le tuteur stipulera (*Ulp. fr.* 9, *de administ. et peric.*), ou lorsque les parties seront devant un magistrat, celui-ci pourra stipuler lui-même ou faire stipuler soit par un esclave public, soit par toute autre personne qu'il désignera. C'est ainsi que se fait souvent la stipulation *rem pupilli salvam fore*; mais dans tous les cas la stipulation du tuteur, du magistrat ou de la personne par lui désignée, n'acquerra au pupille qu'une action utile. (*Ulp. fr.* 1, § 15 *et* 16, *de magist. conv.*; *fr.* 2, 3 *et* 4 *rem. pup. salv.*)

Lorsqu'on adroge un pupille, on doit contracter pour le cas où celui-ci décéderait impubère, l'obligation de rendre ses biens aux personnes qui les auraient recueillis si l'adrogation n'avait pas eu lieu ; mais il est impossible de contracter cette obligation envers ceux qui doivent en profiter, car les héritiers testamentaires ou légitimes qu'aurait eus l'adrogé ne seront pas connus de son vivant. Aussi n'est-ce pas à eux directement que l'adrogeant promet, mais à un esclave public ; et, dans ce cas, comme dans le précédent, ceux pour qui la stipulation a été faite ont une action utile (181, 621).

Pour avoir un pareil adjoint, je stipule que l'on donnera à moi ou à Seius, MIHI AUT SEIO DARE SPONDES (*text. hic;* V. *Ulp. fr.* 12, § 1, *de solut.; Julian. fr.* 56, § 2, *de verb. obl.*).

En serait-il de même si je stipulais pour moi et pour Seius ? Dans ce dernier cas, Seius m'est adjoint, non pour le paiement, mais pour l'obligation. (V. *Julian., d. fr.* 56, § 2, *eod.*) C'est un concurrent que je veux me donner, et je le veux inutilement. La stipulation que je fais pour lui et pour moi n'a d'effet qu'à mon égard; mais pour combien ? pour moitié seulement d'après l'opinion des Proculéiens, suivie par Pomponius (*fr.* 110, *de verb. obl.*), et confirmée ici par Justinien. Les Sabiniens, au contraire, accordaient au stipulant la totalité de la chose promise, parce qu'ils considéraient l'adjonction du tiers comme non avenue (*Caius*, 3 *inst.* 103), et, par la même raison, Javolenus (*fr.* 64, *de contrah. empt.; fr.* 5, *commun. præd.*) décide qu'en achetant pour moi et pour un tiers, j'achète la totalité, comme si j'avais traité pour moi seul (1).

§ XI ET XXV.

1012. Lorsqu'on subordonne l'obligation à un événement auquel l'ordre de la nature oppose un obstacle invincible, on contracte sous une condition impossible, ou plutôt on ne contracte pas; car ce n'est pas un consentement réel que l'on donne hypothétiquement pour un cas qui ne doit jamais se réaliser. La condition impossible viciera donc la convention, soit qu'il s'agisse d'une stipulation (§ 11, *h. t.; Caius, fr.* 1, § 11, *de obl. et act.*), ou de tout autre contrat. (*Mæcian, fr.* 31, *eod.*) Quant aux testamens, l'opinion des Sabiniens, qui a prévalu (602), considère la condition impossible comme non écrite, et laisse au legs ou à l'institution l'effet d'une disposition pure et simple. J'ai déjà dit que cette distinction ne me paraît justifiée par aucun motif satisfaisant; j'ajouterai cependant que Mæcianus (*d. fr.* 31, *de obl. et act.*), jurisconsulte sabinien, semble la rattacher à cette circonstance que la formation d'un contrat suppose le concours de deux volontés au moins. Il n'y en a qu'une dans le testament; mais cette volonté unique peut-elle donc être moins réelle que le consentement des contractans ?

1013. Contracter pour le cas où je toucherais les astres (*si digito cœlum attigero*) et sous toute autre condition semblable, ce serait, comme nous l'avons dit, ne point contracter; mais, en sens inverse (*si... non attigero*), la condition de ne pas toucher les astres, et en général de ne pas faire une chose impossible, n'infirme pas l'obligation et ne la suspend même pas. La promesse reste pure et simple, et le stipulant peut agir de suite (*statim*, § 11 *in fin. h. t.;* V. *Ulp. fr.* 7, *de verb. obl.; Paul. fr.* 8, *in fin., eod*). En effet, il y a toujours certitude, dans le premier cas, que le fait ne s'accomplira pas, et dans le second, qu'il ne peut manquer de s'accomplir. Ainsi, comme nous l'avons déjà dit (599, 602), les événemens impossibles, de quelque façon que l'on s'y réfère, positivement ou négativement, n'ont jamais rien de conditionnel.

Il existe une impossibilité légale ou morale qui ne doit pas être confondue avec l'impossibilité physique dont nous venons de parler. A la vérité, la condition de faire une chose contraire aux lois et aux bonnes mœurs, et la condition de toucher les astres, infirmeraient également l'obligation (*Venul. fr.* 137, § 6, *de verb. obl.*); mais en sens inverse, je stipule valablement pour le cas où je ne toucherais pas les astres, tandis que le fait illicite, soit que la condition consiste à le commettre ou à ne le pas commettre, vicie toujours l'obligation. Et en effet, promettre une chose quelconque à Titius s'il n'assassine pas, c'est la lui promettre pour qu'il n'assassine point; évidemment Titius stipulerait alors *ex turpi causâ* (2).

(1) En comparant notre texte et celui de Pomponius avec la décision de Javolenus, les interprètes ont tenté différens moyens de conciliation; ils ont pensé que l'opposition tenait ici à la différence qui existe, par la nature même du contrat, entre une vente et une stipulation. (V. *Pothier, pand. just. II, XIV*, 23.) Effectivement, la vente, comme nous le verrons plus loin (*pr., de obl. ex cons.*), est un contrat de bonne foi que plusieurs caractères essentiels séparent des contrats de droit strict, tels que le *mutuum* et la stipulation. Toutefois le principe qui défend de traiter pour autrui s'applique indistinctement à toutes les conventions. (*Paul. fr.* 11, *de obl. et act.*) Les conséquences devraient donc être les mêmes pour tous les contrats, et si elles paraissent varier, c'est parce que Justinien emprunte tantôt le système des Proculéiens (*text. hic; Pompon. fr.* 110, *de verb. obl.*), tantôt celui des Sabiniens, reproduit par Javolenus. (*fr.* 5, *commun. præd.; fr.* 64, *de contrah. empt.*)

(2) V. *Ulp. fr.* 7, § 3, *de pact.* Voyez aussi le § 24, *h. t.* avec le commentaire de Vinnius.

La convention serait-elle également nulle si la condi-

Pour l'explication du § 25, voyez précédemment celle du § 4, *de verb. obl.*

§ XIV.

1014. Dans une stipulation pure et simple, la dette existe immédiatement, et lorsqu'on y ajoute un terme, on éloigne, on retarde l'exécution (977). Dans une stipulation conditionnelle, la dette ne commence qu'à l'événement de la condition (980) : alors encore on peut fixer l'exécution à une autre époque, pourvu que l'échéance du terme ne précède pas l'événement de la condition; car autrement l'effet précéderait la cause et la stipulation, dite prépostère ou *præpostere concepta*, impliquerait évidemment contradiction. Notre texte en fournit l'exemple.

Une convention aussi bizarre devait se présenter rarement; néanmoins le droit a subi, sous ce rapport, plusieurs variations. Jusqu'au règne de Léon, la stipulation prépostère fut totalement inutile : ce prince la déclara obligatoire dans les conventions relatives à la dot; Justinien transforme cette exception en règle générale (*text. hic*). Ainsi, malgré la fixation d'un terme d'exécution antérieur à l'événement de la condition, les contrats et les dispositions testamentaires vaudront comme contrats ou comme dispositions conditionnels, qui ne doivent jamais s'exécuter avant l'accomplissement de la condition (*Just. C.* 25, *de testam. et quemadm.*), c'est-à-dire qu'ici le terme est comme s'il n'avait pas été ajouté.

§ XIII et XVI.

1015. On a toujours pu différer l'exécution d'une obligation jusque après la mort d'un tiers (§ 16, *h. t.*); mais avant Justinien on ne pouvait pas la différer jusque après la mort des parties intéressées, c'est-à-dire après la mort du promettant ou du stipulant, ou même de la personne *sui juris* qui, ayant ce dernier sous sa puissance, acquérait par lui le bénéfice de l'obligation (§ 13, *h. t.*).

En effet, stipuler ou promettre pour une époque où nous ne serons plus, c'est en quelque sorte stipuler ou promettre pour nos héritiers; et quoique ceux-ci succèdent ordinairement aux actions que leur transmet activement et passivement le défunt (785; V. § 1, *de perpet. et temp.*), cependant cette transmission était bornée aux actions que le défunt aurait pu intenter ou voir intenter contre lui de son vivant. On pensait qu'une action dont l'exercice aurait été impossible pour une personne ou contre elle ne devait pas commencer de son chef pour ou contre ses héritiers (*Caius*, 3 *inst.* 100); Justinien (*text. hic*; *C.* 11, *de contrah. stip.*; *C.* 1, *ut act. et ab. hered.*) n'a pas cru devoir s'arrêter à cette considération, qui s'appliquait aussi à l'action du légataire contre l'héritier, quoique d'autres raisons, tirées de la nature des legs (736, 737), militassent déjà contre ceux qui auraient été laissés *post mortem heredis aut legatarii* (§ 35, *de legat.*).

1016. Néanmoins on stipulait souvent *post mortem suam*; et pour ne pas le faire inutilement, on s'adjoignait une personne qui, au terme convenu, c'est-à-dire après la mort du stipulant, devait recevoir la chose promise, sauf à en rendre compte comme l'*adjectus solutionis gratia* (1011). Toutefois il ne suffirait pas ici que mon adjoint pût toucher un paiement volontaire; il importe qu'il puisse l'exiger, et qu'il ait après ma mort une action que je ne pourrai ni exercer moi-même, ni transmettre à mes héritiers. Cette action, je ne l'acquerrais pas à une tierce personne en stipulant pour elle : il faut donc que mon adjoint stipule aussi; et parce qu'il stipule avec moi, on l'appelle *adstipulator* (*Caius*, 3 *inst.* 110 *et* 117). Relativement à la personne qui promet, l'adstipulateur est un véritable créancier : il en a et en exerce personnellement (1) tous les droits; mais envers celui qui le prend pour son adjoint, c'est un mandataire comptable de tout ce qu'il reçoit (2).

tion portait non sur le fait du stipulant, mais sur celui du promettant; par exemple, lorsque ce dernier s'engage à ne pas commettre un fait illicite, et se soumet, pour le cas où il le commettrait, à une peine convenue? Papinien (*fr.* 121, § 1, *de verb. obl.*) ne voit aucune raison pour infirmer une semblable convention. En effet, loin de contrevenir au bon ordre, elle le favorise. *Voy.* cependant Pomponius (*fr.* 19, *eod.*) et l'empereur Sévère (*C.* 2 *de inutil. stip.*).

(1) *Personnellement*, parce qu'il ne les transmet ni à ses héritiers ni au père de famille sous la puissance duquel il se trouverait. (V. *Caius*, 3 *inst.* 114.)

(2) Dans le cas dont il s'agit ici l'adstipulateur ne recevra rien qu'après la mort du stipulant; et c'est aux héritiers de ce dernier qu'il pourra et devra rendre compte (*Caius* 3 *inst.* 117). Ceux-ci auront donc contre l'adstipulateur une action que le défunt n'aurait pas pu exercer lui-même. (V. 1075).

Observez, au surplus qu'il n'était pas nécessaire de stipuler *post mortem suam* pour se donner un adstipu-

Justinien, en permettant de stipuler *post mortem suam*, a rendu inutiles le secours et l'usage des adstipulateurs. (V. § 12, *de leg. aquil.*, et son explication.)

1017. Ce qu'on a dit pour le jour qui suivrait la mort (*post mortem*) s'applique également à celui qui la précédera (*pridie quam moriar.... quam morieris*). On en donne pour motif que la veille du décès ne sera connu qu'après le décès (*text. hic; Caius*, 3 *inst.* 100).

§ XV, XXVI ET XXVII.

On aurait la même chose à dire pour le moment même du décès (*cum moriar, cum morieris*); il ne sera déterminé qu'après la mort. Cependant tous les témoignages (1) s'accordent pour constater la validité des legs et des obligations dont l'exécution était ainsi reportée, non pas précisément après la mort, mais au dernier moment de la vie. Toutefois, si l'homme vit encore dans l'instant même où il expire, il vivait à plus forte raison le jour précédent : si l'on pouvait prendre pour terme le moment de la mort, aucun motif ne s'opposerait à ce que l'on prît également la veille; et Caius (2 *inst.* 232) en convient.

Les § 26 et 27 ont été expliqués précédemment avec le § 2, *de verb. obl.*

§ XII.

1018. Dans les différens contrats dont nous avons parlé jusqu'ici, la convention, pour devenir obligatoire, doit être accompagnée, soit d'une dation ou d'une simple tradition de la chose (V. *tit.* 14), soit d'une solennité verbale, d'où résulte la stipulation; nous n'avons mentionné aucune autre solennité; nous n'avons parlé d'aucune écriture. En effet, et sans que l'on ait rien écrit, le contrat vaut par la réunion des circonstances qui doivent accompagner le consentement, et quelquefois même par le simple consentement. (V. *tit.* 22 *et suiv.*) En cas de dénégation, le fait obligatoire doit être prouvé par celui qui en affirme l'existence, mais la preuve peut être acquise par plusieurs moyens, notamment par le rapport des témoins (V. *Callistr. fr.* 5, *de fid. instrum.*; *Constant. C.* 15, *eod.*; *Alex. C.* 4, *de probat. Diocl. et Max. C.* 12, *eod.*). Toutefois si l'écriture n'est pas nécessaire pour la validité du contrat, elle est toujours utile pour la preuve : c'est un moyen sûr et facile de constater ce qui s'est passé entre plusieurs personnes, et d'obtenir à cet égard un rapport qui ne variera plus. (V. *Caius, fr.* 4, *de fid. instr.*; *Diocl. et Max. C.* 12, *de prob.*)

A cette fin on rédige ordinairement, lors du contrat, un acte, un document écrit que l'on appelle *instrumentum*, parce qu'il sert, en cas de contestation, à instruire ou éclairer la cause, c'est-à-dire le procès. (*Paul. fr.* 1, *de fid. instrum.*; V. § 17, *h. t.*) Les faits ainsi relatés sont réputés vrais; celui qui les allègue n'a pas besoin d'autre preuve. Toutefois l'écriture pourrait relater des faits inexacts ou faux; et alors celui qui les contredit peut détruire, par une preuve inverse, la confiance dont jouit le document écrit. (V. *Diocl. et Max. C.* 18, *de prob. C.* 16, *de don. inter vir.*) Ainsi par exemple, aucune stipulation ne peut se former entre absens (1004, *text. hic*); mais lorsqu'un acte, rédigé pour constater l'existence d'une stipulation, attestera la présence de deux contractans, cette attestation suffira jusqu'à preuve contraire. Quelques doutes s'étaient cependant élevés sur ce dernier point, parce qu'en général les dénégations ne sont point susceptibles de preuves. Chacun justifie ce qu'il affirme (696; V. *Paul, fr.* 2, *de prob.*). En appliquant ce principe à la présence des contractans, on voulait que ce fait dénié par l'un et affirmé par l'autre, fût prouvé par ce dernier, d'autant plus qu'ici l'affirmation vient nécessairement du demandeur. (V. *Diocl. et Max. C.* 8 *et* 23 *de prob.*) Justinien (*text. hic*; *C.* 14, *in fin. de contrah. et committ. stip.*) rejette ce système, et avec raison; car, d'un côté, l'allégation du demandeur est déjà justifiée : il ne s'agit donc pas d'établir la preuve, mais de la renverser : d'un autre côté, la déné-

lateur. Cette adjection n'avait pas la même utilité dans les stipulations ordinaires, mais elle n'était pas sans exemple. (V. *Caius*, 3 *inst.* 110, 111, 112, 113 *et* 114.)

(1) *Text. hic*; V. Ulpien (24 *reg.* 16; *fr.* 45, § 1 *et* 3, *de verb. obl.*; *fr.* 17, *de condict. indeb.*), Pomponius, (*fr.* 1, § 2, *de condit. et demonstr.*), Papinien (*fr.* 79 *eod.*) et Paul (3 *sent.* 6, § 6). Le témoignage de Caius se joint aux précédens pour ce qui concerne la validité du legs (2 *inst.* 232); mais il semble les contredire et se contredire lui-même lorsqu'il s'occupe des stipulations (3 *inst.* 100). Tout porte à croire que ce dernier passage a été altéré.

gation du défendeur n'est pas de celles dont la preuve serait absolument impossible. La non-présence de deux personnes résultera nécessairement de l'absence de l'une d'elles. Ainsi, lorsqu'un acte écrit constatera une stipulation intervenue entre deux personnes tel jour en tel lieu, il faudra, pour détruire ce témoignage écrit, prouver que l'un des contractans a passé en d'autres lieux (*aliis locis*) la totalité du jour indiqué (*toto eo die quo, etc.*). Jusque là l'écriture fera pleine foi (*omnino credendas, text. hic*).

Observez que cette preuve doit être faite par d'autres écritures. Justinien admet aussi les témoins, mais il exige alors des témoins dignes de toute confiance, *testes idoneos* (*text. hic*), *et omni exceptione majores* (*d. C.* 14, *C. de contrah. et committ. stip.*). Ordinairement, en effet, la preuve testimoniale n'est pas admise contre la preuve écrite. (V. *C.* 1, *de testib.*)

§ XVII.

1019. L'acte rédigé pour constater l'existence d'une obligation verbale doit regulièrement constater deux faits distincts dont le concours est indispensable pour former la stipulation, je veux dire l'interrogation du stipulant et la réponse du promettant. Nous avons, en effet, plusieurs exemples d'actes semblables, et ils énoncent qu'un tel a stipulé, que tel autre a promis, etc. (V. § 2, *quib. mod. toll. obl.*; *Paul. fr.* 126, § 2, *de verb. obl.*; *Papin. fr.* 11, § 2, *de duob. reis*) Ici, au contraire, notre texte suppose un acte qui mentionnerait seulement la promesse du répondant (*promisisse aliquem*); cette énonciation incomplète est considérée comme suffisante. Dire que Titius a promis à Seius, c'est indiquer tacitement qu'il a promis pour répondre, et de la manière dont il fallait répondre à une interrogation précédente; c'est renfermer dans un seul mot l'abrégé de toutes les solennités nécessaires pour valider une promesse et la rendre obligatoire (V. *text. hic*; § 8, *de fidejuss.*; *Paul.* 5, *sent.* 7, § 2, *fr.* 134, § 11, *de verb. obl.*; *Ulp. fr.* 30, *de verb. obl.*; *Anton. C.* 1, *de contrah. et committ. stip.*), sauf néanmoins la preuve contraire, réservée à celui qui nierait l'accomplissement des solennités. (*Ulp. fr.* 7, § 12, *de pact.*; V. *Vinnius, hic.*)

Nous aurons encore occasion de revenir (*pr.*, *de empt. vend.*) sur les actes destinés à constater l'existence d'un contrat.

TITRE XX.

DES FIDÉJUSSEURS.

PR.

1020. L'action accordée pour faire exécuter une obligation procurerait inutilement la condamnation d'un débiteur insolvable : mais le danger diminue lorsqu'on peut agir à raison de la même dette contre plusieurs personnes; la sûreté du créancier s'accroît avec le nombre des débiteurs. Aussi, pour mieux garantir la promesse faite au stipulant (*ut diligentius cautum sit*), le répondant s'adjoint souvent une ou plusieurs personnes qui s'obligent avec lui et pour lui, *pro eo qui promittit* (*text. hic*).

Tels sont les fidéjusseurs. Tels étaient aussi les *sponsores* et les *fidepromissores*, que Justinien passe sous silence, quoiqu'il se borne, dans ce titre, à emprunter une des branches de la comparaison que Caïus (3 *inst.* 115 *et seqq.*) avait établie entre les fidéjusseurs et les autres personnes qui, comme eux, s'obligent pour autrui.

Les *sponsores* et les *fidepromissores*, sauf une différence dont nous parlerons plus loin (1026), ne se distinguaient que par le nom. Aussi, pour éviter une répétition de mots inutiles, nous parlerons seulement des *fidepromissores*; en effet, tout ce que nous dirons de ceux-ci, en les opposant aux fidéjusseurs, est également vrai des *sponsores*.

§ I.

Les *fidepromissores* accédaient exclusivement à une seule espèce d'obligation, à celle qui se contracte par stipulation (*Caius*, 3 *inst.* 119); mais toute obligation civile ou naturelle, comme l'obligation d'un esclave, soit envers son maître, soit envers un étranger, pouvait être cautionnée, c'est-à-dire garantie par fidéjusseurs, de quelque manière qu'elle eût été formée (1), et avant

(1) *Text. hic*; *Voy.* Caius (3 *inst.* 119), Ulpien (*fr.* 8, § 1, 2, 4, 5 *et* 6, *de fidej.*), Julien (*fr.* 16, § 3,

même d'être formée. (V. § 3, *h. t.*) Réciproquement, le fidéjusseur s'obligerait inutilement pour quiconque n'aurait été tenu d'aucune obligation civile ou naturelle (*Venul. fr.* 18, *de sc. maced.*; *Ulp. fr.* 6, § 2, *de fidej.*); mais les *fidepromissores* s'obligeaient quelquefois pour un promettant qui n'était pas lui-même valablement obligé. C'est ainsi qu'ils accédaient à la promesse d'un pupille non autorisé ou à celle que j'aurais faite *post mortem meam.* (*Caius*, 3 *inst.* 119.) On voit par ce dernier exemple que les *fidepromissores* intervenaient pour le promettant, comme l'adstipulateur pour le stipulant (1016), et afin de se soumettre personnellement à une action qui, dans certains cas, n'aurait point eu lieu contre le promettant.

§ II.

1021. Ils s'y soumettaient personnellement, en ce sens, que leur obligation, exclusivement attachée à la personne, était, comme l'action de l'adstipulateur, incapable de se transmettre. Les héritiers du *fidepromissor* ne succédaient pas à son obligation (*Caius*, 3 *inst.* 114, 120); mais la règle générale qui soumet l'héritier à toutes les dettes contractées par le défunt (V. § 1, *de perpet. et temp.*) restait applicable à l'obligation du fidéjusseur (*text. hic*; *Caius*, *ibid.*; *Ulp. fr.* 4, § 1, *de fidej.*)

§ IV.

1022. Dans l'origine, les *fidepromissores* restaient exposés toute leur vie à l'action du créancier; et chacun de ceux qui avaient concurremment accédé à la même obligation, était tenu pour la totalité, comme s'il avait été seul, et sans aucun recours contre les autres. Une première loi, dite *Apuleia*, vint établir entre eux une sorte de société; en conséquence, celui qui payait ou la totalité, ou une plus forte part que les autres, avait recours contre eux. (*Caius*, 3 *inst.* 122.) La loi Apuleia ne changeait rien aux droits du créancier, mais la loi Furia (1), qui vint ensuite y apporta, pour l'Italie seulement, des restrictions considérables. En effet, l'action du créancier contre les fidépromisseurs fut limitée à un délai qui, selon toute vraisemblance, était de deux ans; et, dans ce délai même, l'obligation divisée de droit entre tous ceux qui vivaient à l'époque où la dette était devenue exigible, ne permettait d'agir contre chacun que pour sa part (*Caius*, 3 *inst.* 121).

Les lois Apuleia et Furia n'avaient fait aucune mention des fidéjusseurs. Conséquemment le créancier resta libre de choisir parmi eux celui qu'il voulait poursuivre, et de l'attaquer pour la totalité, sans aucune limitation de temps (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 121). La position des fidéjusseurs ne changea que sous le règne d'Adrien. D'après un rescrit de ce prince, le fidéjusseur contre qui le créancier sollicite une action est autorisé à demander (*desiderare*) qu'en donnant cette action contre lui, le préteur la donne, non pour toute la dette, mais seulement pour partie, *ut in se pro parte detur actio.* A ce moyen, le créancier, n'obtenant qu'une action partielle, est forcé (*compellitur*) de poursuivre chacun des fidéjusseurs pour sa part; et si l'un d'eux, négligeant le bénéfice accordé par Adrien (2), payait la totalité, il n'aurait rien à répéter contre les autres (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 122; *Modest. fr.* 39, *de fidej.*; *Alex. C.* 11. *eod.*).

1023. La division demandée conformément au rescrit d'Adrien ne s'opère pas entre tous les fidéjusseurs indistinctement, mais seulement entre ceux qui sont en état de satisfaire le créancier. Les insolvables ne comptent pas; la portion dont ils auraient été tenus reste à la charge des autres, *ceteros onerat* (3). Il faut donc préciser ici quelle époque on devra considérer pour savoir si

eod.). Théodose et Justinien ont voulu que la femme ne pût recevoir aucune caution de son mari pour la restitution de sa dot. (*C.* 1 *et* 2, *de fidej. vel mand. dot.*)

Nous reviendrons plus loin (§ 3, *quib. mod. toll. obl.*) sur la dette de l'esclave et sur la distinction des obligations civile et naturelle.

(1) La loi Apuleia *de sponsu* a été portée l'an de Rome 652, et la loi Furia l'an 659.

(2) On l'appelle ordinairement bénéfice de division. V. Pothier, *pand. just.*, *liv.* 46, *tit.* 1, *sect.* 5, *art.* 2.

(3) *Text. hic*; *Caius*, *fr.* 26, *de fidej.* D'après la loi Furia, au contraire, la division s'opérait de plein droit entre tous les *fidepromissores* existans, soit qu'ils fussent ou ne fussent pas solvables. (V. *Caius*, 3 *inst.* 121.) La garantie des fidéjusseurs était donc beaucoup plus avantageuse au créancier; et, lorsqu'on pouvait l'obtenir, il est probable que l'on ne recourait pas à celle des *fidepromissores*. Cependant l'accession de ces derniers était encore indispensable pour le débiteur qui promettait *post mortem suam*; mais sous Justinien semblable promesse est valable (1096), et conséquemment rien ne s'oppose à ce qu'elle soit garantie par fidéjusseur. Il n'est donc pas surprenant que la compilation justinienne soit restée muette sur les *sponsores* et les *fidepromissores*.

tel fidéjusseur solvable ou insolvable compte ou ne compte pas relativement au bénéfice de division. En effet, si l'insolvabilité antérieure pèse sur les autres fidéjusseurs, l'insolvabilité postérieure retombe sur le créancier. Cette époque est celle d'un événement toujours très-important dans l'exercice des actions; on l'appelle LIS CONTESTATA (*litis contestatæ tempore, text. hic*), ou LITI CONTESTATIO. (V. *Papin. fr.* 51, 1 *et* 4, *de fidej.*; *Gordian. C.* 16, *eod.*)

Mais où, quand et comment avait lieu cette *litis contestatio?* Est-ce *in jure*, est-ce *in judicio?*

En se référant au bénéfice de division qui nous occupe ici, on aperçoit que la solvabilité ou l'insolvabilité de tel fidéjusseur influe directement sur la concession de l'action qui se donne pour partie dans un cas, pour la totalité dans un autre; mais comment donner cette action si la solvabilité ne devait s'apprécier qu'à une époque ultérieure, lorsque les parties se trouveront déjà *in judicio*, c'est-à-dire devant le juge qui n'existera et ne sera saisi du litige que conformément à l'action et par l'action même. Il faut donc examiner la solvabilité avant de donner l'action, ou, au plus tard, en la donnant; et comme on considère, dans cet examen, le moment de la *litis contestatio*, il devient impossible que celle-ci ait lieu devant le juge. Tout indique au contraire qu'elle se passait devant le préteur ou *in jure* (1) lorsque l'action était concédée, mais avant qu'elle fût exercée et portée *in judicio*; c'est du moins ce qu'on doit supposer d'après Ulpien (*fr.* 1, *pr. et* § 2, *de fer. et dilat.*), Paul (*fr.* 28, § 2 *et* 4, *de judic.*; *fr.* 10, § 2, *si quis caution.*) et Caïus (3 *inst.* 180). L'action donnée par le préteur fixait le point litigieux, et précisait la question qui restait à débattre devant le juge; alors les parties, après s'être mutuellement donné certaines garanties dont nous parlerons plus loin (*liv.* 4, *tit* 11), prononçaient en même temps cette formule TESTES ESTOTE, comme pour prendre acte du nouveau caractère qu'allaient offrir leurs débats. Jusque là ce n'était qu'une discussion dite *controversia* (V. *Ulp. fr.* 25, § 7, *de hered. pet.*; V. *Cuj.* 9 *observ.* 21); désormais ce sera LIS ou un véritable litige, dont la naissance, constatée par la formule précédente, formait précisément *lis contestata* ou *litis contestatio* (2). C'était le complément de cette instance préalable qui avait lieu *in jure*, c'est-à-dire devant le magistrat qui *jus dicebat*.

1024. Lorsque le créancier a été désintéressé en totalité par l'un des fidéjusseurs, celui-ci n'a, en cette qualité, aucun recours contre les autres. (*Alex. C.* 11, *de fidej.*) Pour les poursuivre, il faudrait agir comme cessionnaire des droits que le créancier exerce à son choix contre chaque fidéjusseur; mais en payant la dette ou l'éteint, on libère tous les débiteurs (1106), et alors le créancier n'a plus ni droits ni actions à céder. Il n'en serait pas de même si, au lieu d'acquitter et d'éteindre la dette primitive, on achetait les droits du créancier. Ce qu'il recevrait alors comme prix de cette vente ne serait pas un paiement de la dette primitive; la créance toujours existante serait valablement cédée à l'acheteur. (*Paul. fr.* 36, *de fidej.*) C'est ainsi que quiconque satisfait le créancier peut, dans le moment même, obtenir une cession de droits qui deviendrait impossible après un paiement pur et simple; car alors il n'existerait plus aucun droit. (*Modest. fr.* 76, *de solut.*)

La cession dont on vient de parler offre un avantage qui ne peut pas être refusé au fidéjusseur, lorsqu'il désintéresse entièrement le créancier. (*Julian. fr.* 17, *de fidej.*) Celui-ci doit alors consentir la cession, et ce n'est qu'à cette condition qu'il pouvait agir contre un seul fidéjusseur pour la totalité. (*Sever. et Anton. C.* 2, *de fidej.*; *Diocl. et Max. C.* 21, *eod.*) Ce bénéfice de cession existait avant le règne d'Adrien, et depuis il a continué indépendamment du bénéfice de division. Ce dernier est plus avantageux en ce qu'il évite au fidéjusseur poursuivi pour la totalité la nécessité de faire une avance considérable pour acheter l'espoir d'une indemnité souvent tardive

(1) L'opinion contraire s'appuie sur un texte (*C. de lit. contest.*) qui serait décisif, s'il n'était pas suspect. Il est vraisemblable en effet que cette constitution a été, comme beaucoup d'autres, accommodée au système judiciaire qui existait sous Justinien, système où il n'y a plus ni action ni exception, ni *litis contestatio*, proprement dites. Les mots subsistaient, mais ils n'avaient plus le même sens. (V. *Vinnius* au titre *de offic. jud.* Voyez aussi *Thémis*, t. 6, p. 463.)

(2) Le mot latin CONTESTATIO serait très-inexactement traduit en français par *contestation*. Il signifie, comme *testatio*, un témoignage, une attestation, et en général tout ce qui sert à constater un fait ou une intention. C'est en ce sens qu'il est employé plus haut (§ 13, *de testam. ordin.*) et dans Ulpien (20 *reg.* 1).

et difficile (V. *Ulp. fr.* 10, *de fidej.*); toutefois le bénéfice de cession a d'autres avantages dont nous parlerons plus loin (1026).

1025. Les fidéjusseurs jouissent encore du bénéfice d'ordre ou de discussion, c'est-à-dire qu'ils peuvent exiger que le créancier discute et poursuive d'abord le débiteur principal lorsqu'il est présent; à ce moyen ils ne paient pour lui que ce qu'il n'aurait pu payer lui-même. Ce bénéfice est accordé ou plutôt rendu aux fidéjusseurs par une novelle de Justinien (*nov.* 4, *præf. et cap.* 1), qui prétend rétablir ainsi un antique usage, abandonné d'après l'avis du célèbre Papinien. Toutefois, ceux qui s'obligent pour les débiteurs du fisc ont toujours eu le privilége de n'être poursuivis qu'après le débiteur principal (V. *Diocl. et Max. C.* 4, *quando fisc. vel priv.*); mais il est certain qu'avant Justinien, et depuis Caracalla (*Anton. C.* 5, *de fidej.*; V. *Diocl. et Max. L.* 19, *C. eod.*) au plus tard (V. *Scævol. fr.* 62, *eod.*), les particuliers ont pu attaquer à leur choix ou le débiteur ou le fidéjusseur. Il importe même d'observer que l'action intentée contre l'un ne permettait plus de revenir contre l'autre. (*Paul.* 2 *sent.* 17, § *ult.*; *fr.* 71, *de fidej.*) Ce dernier point était déjà changé par Justinien (*C.* 28, *de fidej.*) lorsqu'il a rétabli le bénéfice de discussion. (V. le § 2 *de mandat.* et son explication.)

§ VI.

1026. L'adstipulateur et la personne que le créancier s'adjoint pour recevoir le paiement sont, relativement à ce dernier, des mandataires comptables de tout ce qu'ils auraient touché pour lui (1011, 1016). Réciproquement le fidéjusseur qui s'oblige pour autrui, s'engage ordinairement par suite d'une mission expresse ou tacite. De cette mission résulte, entre celui qui la donne et celui qui la reçoit, un mandat et conséquemment l'action *mandati* que notre texte accorde ici contre le débiteur, parce que c'est de lui qu'émane le plus souvent la mission du fidéjusseur (V. *Ulp. fr.* 60, *de reg. jur.*); mais elle pourrait émaner d'un autre mandant, et alors l'action *mandati* a lieu contre ce dernier. (V. § 3, *de mand.*; *Ulp. fr.* 21; *Papin. fr.* 53, *mandat.*) Le fidéjusseur qui s'oblige en l'absence et à l'insu du débiteur principal, n'est pas un mandataire, mais un *negotiorum gestor*, et en cette qualité il peut recourir contre ceux dont il aurait payé la dette. Il a contre eux l'action *negotiorum gestorum*. (*Paul.* 20, § 1, *mand.*; V. § 1, *de obl. quasi ex contract.*) Il n'en aurait aucune s'il avait agi par pure libéralité (*animo donandi*; *Ulp. fr.* 6, § 2, *mandat.*) ou malgré le débiteur. (*Paul., fr.* 40, *eod.*)

L'action *mandati* et l'action *negotiorum gestorum* seraient insuffisantes contre un mandant et un débiteur insolvable, et c'est alors surtout qu'il importe au fidéjusseur d'invoquer le bénéfice de division pour ne payer qu'une partie de la dette garantie par plusieurs, ou du moins pour obtenir, lorsqu'il paie en totalité la cession des actions du créancier. En effet, outre le recours que la cession lui donne contre ses cofidéjusseurs, s'il en a, elle lui confère toutes les garanties, gages, hypothèques et priviléges attachés à la créance principale. Ainsi, fût-on seul fidéjusseur, on pourrait, avec les actions cédées par le créancier, arriver à une indemnité que l'on n'obtiendrait pas toujours en agissant comme fidéjusseur par l'action du mandat. (V. *Gordian. C.* 14, *de fidej.*; *Valer. et Gall. C.* 7, *de privil. fisc.*)

Cette action *mandati* appartenait également aux *fidepromissores* et aux *sponsores*. Toutefois ces derniers pouvaient demander au débiteur principal le double de ce qu'ils avaient payé pour lui; ils agissaient, à cet effet, non par l'action *mandati*, non par une action dite *depensi* que leur avait spécialement accordée la loi Publia. (*Caius*, 3 *inst.* 127; *Paul.* 1 *sent.* 19, § 1; V. § 23 *et* 26, *de action.*)

§ VII.

1027. Quelle que soit l'obligation principale et la manière dont elle serait formée, le fidéjusseur s'engage toujours par une stipulation. L'interrogation et la réponse dont elle se compose pouvaient être prononcées en grec dans les termes indiqués par notre texte, par Ulpien (*fr.* 8, *de fidej.*) et par Alexandre Sévère (*C.* 12, *eod.*); mais ordinairement on interrogeait en disant *fidejubes, fide tua esse jubes*; et c'est en répondant *fidejubeo, fide mea esse jubeo*, qu'on se portait fidéjusseur. Le nom de *sponsor* et celui de *fidepromissor* correspondent éga-

lement aux expressions (*spondes*, *fide promittis*) employées pour stipuler de l'un ou de l'autre. (V. § 1, *de verb. obl.*; *Caius*, 3 *inst.* 116.)

§ III.

1028. La fidéjussion peut se former postérieurement à l'obligation principale (*obligationem sequi*; *text. hic*; V. *Ulp. fr.* 6, *de fidej.*), et sous ce rapport le fidéjusseur diffère du mandant ou *mandator*, qui chargerait Seius de traiter avec Titius, et, par exemple, de lui prêter une somme d'argent. Il existe alors deux contrats, savoir, un *mutuum* entre Seius prêteur et Titius emprunteur; un mandat entre Seius mandataire et moi mandant qui, ayant chargé Seius de prêter, reste garant du prêt qu'il n'aurait pas fait sans moi. Dans cette position, je suis tenu pour Titius (V. § 5 *et* 6, *de mandat.*); mais le contrat qui m'oblige a nécessairement précédé le prêt fait à Titius, et conséquemment l'obligation de ce dernier. Le mandat se donne non pour une chose faite, mais pour une chose à faire.

La fidéjussion peut également se former avant l'obligation principale (*et præcedere et sequi*; *text. hic*), et alors le fidéjusseur, lorsque tel est le but spécial des parties (*Papin. fr.* 50, *de pecul.*), cautionne utilement l'obligation future de telle personne envers telle autre (*Ulp. fr.* 6, § 2, *de fidej.*). Il en est autrement du constitut (V. § 9, *de action.*) qui suppose toujours une dette préexistante. (*Ulp. fr.* 18, § 1, *de pecun. constit.*)

1029. Le fidéjusseur peut s'obliger pour une dette future; mais il ne doit jamais être inquiété avant l'époque où le débiteur principal sera lui-même tenu d'exécuter son obligation (*Scævol. fr.* 57, *de fidej.*; *Papin. fr.* 49, § 2, *eod.*). Ainsi, lorsque la fidéjussion précède l'obligation principale, l'existence possible et incertaine de cette dernière devient une condition tacite qui suspend la fidéjussion. (*Javol. fr.* 35, *de judic.*; V. *Papin. d. fr.* 49, § 2.)

§ V ET VIII.

En effet, le fidéjusseur, comme le *fidepromissor* (V. *Caius*, 3, *inst.* 126), et tous ceux qui s'obligent pour autrui, contractent une obligation accessoire qui ne doit pas excéder l'obligation principale. Garant de Titius, je puis devoir pour lui tout ou partie de ce qu'il doit; si je devais plus, je devrais ce qu'il ne doit pas lui-même; alors je ne serais plus son fidéjusseur (§ 5, *h. t.*; *Caius*, 3, *inst.* 126). Or, pour savoir si je dois plus ou moins, il faut comparer non-seulement les quantités dues par le débiteur et le fidéjusseur, mais aussi le temps où chacun sera tenu de payer. En effet, mille francs payables dans un an ou dans tout autre délai, ne valent pas mille francs payables de suite (1).

Ainsi le fidéjusseur ne s'oblige pas *in duriorem causam* (V. *Ulp. fr.* 8, § 7, 8, *et* 9, *de fidej.*); mais, en cas d'excès, la fidéjussion serait-elle nulle pour le tout, ou seulement pour ce dont elle excède l'obligation principale. Caius (*fr.* 70, *de fidej.*) préfère ce dernier parti. Ulpien au contraire (V. *fr.* 8, § 7, 8 *et* 9, *eod.*) se prononce pour la nullité absolue. Toutefois Ulpien lui-même (*fr.* 11, § 1, *de pec. const.*; *fr.* 1, § 4, *de verb. obl.*) fournit à l'opinion contraire des argumens que Vinnius (§ 5, *h. t.*) expose et combat avec détails. Voyez Cujas sur Paul (*fr.* 11 *et* 12; *de const. pec.*)

Le fidéjusseur qui ne s'engage pas *in duriorem causam*, ne s'engage pas non plus *in aliam obligationem*, en ce sens que son obligation et celle du débiteur principal ne peuvent pas avoir chacune un but ou un objet différent. (*Ulp. d. fr.* 8, § 8, *de fidej.*) Du reste, rien n'empêche le fidéjusseur de se lier par des liens plus forts et plus étroits que ceux de débiteur principal. C'est ainsi, en effet, que l'obligation civile résultant de

(1) § 5, *h. t.*; V. § 33, *de act.*; *Ulp. fr.* 12, § 33, *de verb. sign.* Suivant Cujas (*ad Paul. fr.* 4, *de const. pec.*), la raison qui empêche le fidéjusseur de s'obliger purement et simplement pour les personnes qui ont promis conditionnellement, c'est que leur obligation n'existe pas encore; mais lorsqu'on promet à terme, l'obligation existe (977, 980), et en conséquence Cujas soutient que les fidéjusseurs peuvent s'obliger à payer et être contraints de payer immédiatement, ce que le débiteur principal ne doit qu'à terme; et en cela Cujas assimile la fidéjussion au constitut. (V. *Paul. fr.* 4, *de const. pec.*) Toutefois le texte de Paul semblerait indiquer une différence plutôt qu'une similitude. Cujas se fonde sur ce qu'aucun texte formel ne s'explique sur le terme comme plusieurs se sont expliqués sur la condition; mais que signifient donc, dans Caius (3 *inst.* 113) et dans Justinien (§ 5, *h. t.*), ces expressions : *Non solum in quantitate, sed etiam in tempore plus et minus intelligitur*; PLUS EST ENIM ALIQUID STATIM DARE, MINUS POST TEMPUS DARE. Si ce passage ne s'applique pas au terme, il n'a, ce me semble, aucun sens.

la fidéjussion accède, comme nous l'avons vu (1020), à une obligation purement naturelle. (V. *Vinnius hic.*)

Appliquez au § 8 ce qu'on a dit au titre précédent (1017) sur le § 17.

TITRE XXI.

DES OBLIGATIONS LITTÉRALES.

1030. Justinien passe à une troisième classe de contrats où l'écriture intervient, non plus uniquement pour constater l'existence de l'obligation et faciliter une preuve qui pourrait avoir lieu par d'autres moyens, mais pour former le contrat même. Nous devons donc éviter de confondre l'écriture, considérée comme élément essentiel de l'obligation qu'elle complète, avec l'écriture qui ne forme pas l'obligation, mais dont le témoignage constate une obligation déjà formée, *nullam facere obligationem*, dit Caïus (8 *inst.* 131), *sed obligationis factæ testimonium præbere.*

Nous avons appelé *verborum obligatio* le contrat qui se forme *verbis* (*pr., de verb. obl.*), par des paroles dont la prononciation solennise le consentement des parties ; pareillement, lorsqu'à leur volonté respective se joint une écriture qui rend le consentement obligatoire, le contrat se forme alors *litteris* (*Caius*, 3 *inst.* 128) ou *scriptura* (*text. hic*), et l'obligation qui en résulte se nomme *litterarum obligatio.*

Elle se contractait à Rome *nominibus* (1), c'est-à-dire par certaines écritures inusitées à Constantinople au temps de Justinien. En conséquence, l'empereur n'ajoute rien de plus sur cette espèce d'obligation, dont il n'a laissé aucune trace dans les Pandectes. Cependant, pour remplir le cadre que lui offrait Caïus, Justinien persiste dans ses Institutes (§ 2, *de obl.*; § 1, *de fidej.*; *pr., de obl. ex cons.*; *pr., de obl. quæ ex del.*) à énumérer quatre classes de contrats, tandis que dans les Pandectes les anciens jurisconsultes (V. *Ulp. fr.* 1, § 3, *de pact.*; *fr.* 8, § 1, *de fidej.*; *fr.* 1, § 1; *de novat.*; *Modest. fr.* 52, *de obl. et act.*) et Caïus lui-même (*fr.* 1, § 1, *eod.*) gardent sur l'obligation littérale un silence forcé ; ils n'offrent plus que trois sortes de contrats, réels, verbaux et consensuels. On a supprimé dans leurs écrits tout ce qui concernait les anciens *nomina*, parce qu'on ne pouvait ni conserver sur ce point le texte des jurisconsultes, ni l'adapter à aucune autre espèce d'obligation. Dans les Institutes, au contraire, Justinien parle en son propre nom. Il a donc pu, en adoptant la division de Caïus et ses quatre branches, changer, relativement au contrat littéral, le texte et les exemples du jurisconsulte, sauf à substituer un texte et un exemple différens. En effet, il s'occupe ici d'une écriture qui, sans avoir rien de commun avec les anciens *nomina*, deviendrait suivant lui la source d'une obligation.

1031. Il suppose que, voulant emprunter une valeur quelconque, j'aurais souscrit d'avance un billet par lequel je reconnais avoir reçu la somme qui ne m'a point encore été comptée. Le prêteur garde tout à la fois mon billet et l'argent qu'il devait me remettre. Je n'ai rien reçu ; conséquemment point de contrat réel, point de *mutuum*. Cependant mon billet subsiste, mais le fait qu'il énonce n'existe pas : je puis donc ou demander au prétendu créancier la restitution du billet qu'il détient indûment (*Alex. C.* 7, *de non numer. pec.*; *Diocl. et Max. C.* 4, *de condict. ex leg.*), ou, s'il m'attaque le premier, démentir le fait et soutenir que je n'ai rien reçu. Dans l'un ou l'autre cas, si je succombe, ce sera seulement parce que la réalité du prêt aura été indubitablement constatée. (*Sever. et Anton. C.* 1, V. *Anton. C.* 2, *de non numer. pec.*) Cependant il arrivera une époque où le billet, confirmé par mon silence, ne pourra pas être contredit. N'ayant plus alors aucune défense à invoquer (*dum queri non potest*), je serai contraint de payer (*text. hic*; *Alex. C.* 8, *de non num. pec.*) ; et c'est ainsi, suivant Justinien, que, même de son temps (*hodie*), on se trouvait quelquefois tenu d'une obligation et soumis à une condiction dont l'unique fondement repose sur un billet écrit par le débiteur, du moins lorsqu'il n'est intervenu aucune stipulation, *cessante scilicet verborum obligatione.*

Pour entendre ces derniers mots, il faut savoir que le *mutuum* est souvent accompagné d'une stipulation; alors l'emprunteur s'oblige pour la même dette par un contrat réel qui résulte de la numération des espèces, et en outre par un contrat verbal in-

(1) *Voyez* sur les *nomina transcriptitia*, l'explication du § 3, *quib. mod. obl. toll.* (1113).

dépendant de cette numération. (V. *Ulp. fr.* 9, § 3 *et seqq.*, *de reb. cred.*) Il arrivait quelquefois qu'après la stipulation faite, comme après le billet écrit, le *mutuum* ne se réalisait point, alors le promettant n'ayant rien reçu se trouvait obligé non pas *re*, mais *verbis*. Telle est l'hypothèse hors de laquelle se place Justinien : notre texte suppose qu'il n'intervient aucune stipulation. Ce n'est pas que la stipulation change rien à la position du défendeur ; elle ne l'empêche pas d'opposer le défaut de numération, de conserver ce moyen de défense pendant le même temps, et de le perdre après le même délai (§ 2, *de except.*) ; mais alors le promettant reste lié envers le stipulant par la stipulation même, c'est-à-dire par un contrat verbal. Or, ici Justinien cherche une obligation littérale ; il doit nécessairement écarter les circonstances qui donneraient à l'obligation les caractères d'un contrat soit réel, soit verbal. En conséquence, il parle d'un billet souscrit pour une somme qui n'aurait été ni comptée (*quod numeratum non est*) ni stipulée (*cessante scilicet verborum obligatione*).

Ainsi, et d'après Justinien lui-même, ce n'est pas mon billet qui m'oblige lorsqu'il existe une stipulation ; mais, lors même qu'il n'en existe pas, est-il bien exact de dire que mon obligation naît de mon billet et par le seul fait de l'écriture ? Ce n'est pas là du moins ce qui fondera la prétention du demandeur : lorsqu'on agira contre moi, ce sera toujours en alléguant un *mutuum* et en répétant la somme que l'on soutiendra m'avoir prêtée (V. *Alex. C.* 5, *de non numer. pec.*) ; mon billet, produit pour confirmer cette allégation, servira, non pas à créer, mais à prouver l'obligation, en la faisant dériver du *mutuum*. Il est vrai qu'après un certain temps cette preuve, devenue invincible, suffira pour faire condamner le défendeur malgré sa dénégation ; et alors il sera peut-être forcé de payer sans avoir rien reçu. La chose n'est pas absolument impossible, car il en est de l'écriture comme de toute autre preuve ; elle peut induire en erreur : mais comment vérifier ? Le demandeur soutient avoir fourni les valeurs énoncées au billet ; le défendeur nie les avoir reçues ; auquel s'en rapportera-t-on ? La version du créancier nous présente un contrat formé par la chose ; devra-t-on préférer la dénégation du défendeur ? Dans le doute on s'en rapporte au billet de ce dernier et au témoignage d'une écriture fortifiée par un long silence (*multum tempus; text. hic.*) : or, cette écriture atteste l'existence d'un *mutuum*. Quelle autre obligation pourrait donc sortir d'une pareille attestation ? quel contrat y trouvera-t-on qui ne soit appuyé sur la numération des espèces ? Pour en trouver un autre il faudrait démentir le billet lui-même, et cela précisément lorsqu'il commence à obtenir toute confiance. L'écriture n'est donc ici qu'une preuve ; son témoignage ramène toujours l'obligation à une cause unique, c'est-à-dire au *mutuum* ; et plus ce témoignage devient fort, plus il est difficile de le démentir pour chercher à l'obligation une autre cause (1). Toutefois, voyez *Vinnius*, *hic*.

Nous reviendrons plus tard (§ 2, *de except.*) sur l'exception *non numeratæ pecuniæ* et sur le *longum tempus* que Justinien réduit de cinq années à deux (*text. hic; de* § 2, *de except.*).

TITRE XXII.

DES OBLIGATIONS CONSENSUELLES.

1032. Jusqu'à présent nous avons vu le contrat et l'obligation qui en résulte se former soit par la tradition d'une chose que l'on reçoit en commodat, en dépôt, en gage, ou dont la dation constitue le *mutuum*, soit par l'interrogation et la réponse que deux personnes ont respectivement prononcées l'une en présence de l'autre, soit enfin par certaines écritures. Ces différentes circonstances n'obligent point par elles-mêmes, mais elles servent à rendre obligatoire le

(1) Long-temps avant Justinien, et même sous Alexandre Sévère (*C.* 5, *de non num. pec.*), on écrivait pour constater le prêt des reconnaissances qui, après un délai déterminé, ne pouvaient plus être contredites. Cependant cette espèce d'écriture n'avait jamais été rangée parmi les obligations dites *litterarum*; Justinien lui-même n'a rien dit de semblable dans les différentes constitutions qu'il a laissées sur ce sujet (*C.* 14, 15 *et* 16, *eod.*). Notre texte est donc non-seulement le premier, mais encore le seul où la reconnaissance du prêt soit considérée comme formant par elle-même un contrat distinct de celui dont elle certifie l'existence. Or, ce que personne n'avait imaginé, ce que l'empereur lui-même n'a point dit ailleurs, il a pu être conduit à le dire dans ses Institutes, à cause du cadre qu'il avait adopté, pour n'y point laisser de lacune, et comme nous l'avons dit, par la nécessité de trouver un exemple.

consentement des parties, hors duquel et sans lequel n'existe jamais aucun contrat quelconque. (*Ulp. fr.* 1, § 3, *de pact.*) Pour contracter il faut donc consentir; et ce consentement, toujours indispensable, suffit quelquefois pour rendre la convention obligatoire et susceptible de produire une action. La convention prend alors le nom de contrat (*Ulp. fr.* 7, § 1, *de pact.*), comme dans les cas précédens; mais ici l'obligation se nomme consensuelle, parce que le consentement des contractans suffit à son existence (*sufficit eos qui negotia gerunt consentire*), sans aucune écriture (*neque scriptura*), sans aucune dation (*nec quidquam dari*) ou tradition, et même sans aucune stipulation. En effet, les parties n'étant point soumises aux solennités de l'obligation verbale, n'ont pas besoin de se trouver en présence (*neque præsentia*) : l'éloignement n'empêche pas que, par lettres missives, ou par tout autre moyen de correspondance (*veluti per nuntium*), on ne puisse s'accorder, et former par cela même une convention (*text. hic; Caius,* 3 *inst.* 135 *et* 136; *fr.* 2, *pr.*, § 1 *et* 2, *de obl. et act.*).

Cette convention a toujours suffi pour former l'obligation en cas de vente (*emptio venditio*), de louage (*locatio conductio*), de société et de mandat; de là, quatre contrats consensuels, à chacun desquels Justinien va consacrer un titre spécial.

1033. Dans les autres cas, la convention seule ne formait point un contrat, mais un pacte; et le simple pacte (*nuda pactio; Ulp. fr.* 7, § 4, *de pact.*) sans être dépourvu de tout effet (V. § 3, *de except.*), restait cependant incapable de produire aucune action, ni par conséquent aucune obligation proprement dite. (*Ulp. fr.* 7, § 4, *de pact.*)

Cependant cette règle admet plusieurs exceptions successivement introduites par le droit honoraire, et même par le droit civil. En effet, certaines conventions qui, dans l'origine, n'avaient d'autre force que celle de tout autre pacte, sont devenues obligatoires indépendamment de la stipulation. C'est ainsi qu'en vertu des constitutions d'Antonin et de Constantin (V. *C.* 4 *et* 5, C. Th. *de donat.*), confirmées ou plutôt généralisées par Justinien (*C.* 35, § 5, *de donat.*), nous avons vu (490) le donateur assimilé au vendeur, soumis comme lui à une action, et placé par le simple consentement dans la nécessité d'exécuter sa libéralité. (V. § 2, *de donat.*) Sous Théodose (*C.* 6, *de dot. prom.*) la constitution de dot était pareillement affranchie des solennités de la stipulation; et long-temps auparavant on avait distingué certains emprunts où le débiteur était contraint de payer les intérêts fixés par simple convention (1). Dans ces différens cas, le consentement suffit, et l'obligation qui en résulte a toute la force d'un contrat sans en porter le titre. Originairement ces conventions se confondaient avec les autres pactes : on leur en a laissé la dénomination, mais on distingue, sous le titre de pactes légitimes, les conventions qui ont ainsi obtenu du droit civil la force qu'elles n'avaient pas d'abord, et sous le titre de pactes prétoriens, celles à qui semblable force a été accordée par le droit honoraire. Nous trouverons ailleurs plusieurs exemples de ces dernières (V. § 3, 9 *et* 11, *de action.*); mais revenons aux contrats proprement dits, et spécialement aux contrats consensuels.

1034. Notre texte signale une nouvelle différence entre eux et la stipulation. En effet lorsque deux personnes contractent l'obligation verbale, il y a stipulation ou interrogation d'une part (*alius stipuletur*), et promesse ou réponse de l'autre (*alius promittet*). Les deux volontés concourent pour obliger le répondant envers le stipulant, mais sans aucune réciprocité. En un mot, l'obligation existe tout entière d'un seul côté comme dans le *mutuum*; le contrat est simple ou unilatéral. Ici, au contraire, les contractans sont respectivement obligés l'un envers l'autre (*alter alteri obligatur; text. hic; Caius,* 3 *inst.* 137; *fr.* 2, § 2, *de obl. et act.*). Ainsi dans la vente, par exemple, le vendeur doit livrer la chose, tandis que l'acheteur doit payer le prix, *mutuæ nas-*

(1) Le *mutuum* qui se forme par la chose m'oblige à rendre tout ou seulement partie de ce que je reçois, mais rien de plus. (V. *Paul. fr.* 17 *de pact.*; *Ulp. fr.* 11, § 1, *de reb. cred.*) Si je m'astreins à payer ce que je n'ai pas reçu, ou plus que je n'ai reçu, par exemple un intérêt quelconque, la convention passe les bornes d'un contrat réel, et pour la rendre obligatoire il faut la solenniser par une stipulation. (*Ant. C.* 2, *de non numer.*; C. 1, *de usur.*; *Sever.* et *Anton.* C. 3, *eod.*) Cependant la simple convention suffit sans stipulation dans plusieurs cas exceptionnels. (V. *Paul. fr.* 7, *de nautic. fæn.*; *Scæv. fr.* 5, § 1, *eod.*; *Justin. nov.* 115 *cap.* 4.), notamment lorsque j'emprunte des grains, tels que le froment et l'orge (*Alex. C.* 12, *de usur.*), ou les deniers appartenant à une cité. (*Paul. fr.* 30, *eod.*)

cuntur obligationes (*pr., de auct. tut., in fin.*). Ce contrat est de ceux que l'on appelle bilatéraux ou synallagmatiques, comme le louage et la société. Notre texte range dans la même classe le mandat, et précédemment (*d. pr., de auct. tut.*) nous y avons vu placer le dépôt. Par la même raison il faut y comprendre aussi le commodat et le gage. Ainsi nos quatre contrats consensuels sont bilatéraux, mais ce ne sont pas les seuls.

En déclarant que les contractans sont réciproquement obligés, notre texte attribue à leur obligation respective un caractère que n'a point l'obligation verbale. Ce dont chacun est tenu envers l'autre se détermine *ex bono et æquo* (*text. hic; Caius, loc. cit.*). Ces expressions donneront lieu d'établir entre les contrats, ou plutôt entre les actions données pour assurer leur exécution, une différence notable; nous distinguerons, en effet des actions dites de bonne foi et des actions de droit strict; nous verrons que les premières donnent au juge une latitude que ne lui laissent pas les secondes (§ 30, *de action.*). Pour le moment il suffira de dire que les actions résultant des quatre contrats consensuels sont de bonne foi, comme celles que produisent les autres contrats bilatéraux, c'est-à-dire le commodat, le dépôt et le gage (§ 28 *de action.*); mais au contraire l'action *ex stipulati* (V. § 29, *eod.*) et la condiction, soit que celle-ci résulte d'un *mutuum*, d'une stipulation ou de toute autre cause, sont toujours de droit strict. Voyez, au surplus, le § 4 *de locat. conduct.*

TITRE XXIII.

DE LA VENTE.

1035. Le commerce a commencé par des échanges entre ceux qui se cédaient respectivement un objet pour un autre. Par là, en effet, on abandonne une chose, souvent inutile pour soi, et l'on obtient celle dont on manquait. Toutefois la chose que j'offre d'échanger contre la vôtre peut ne pas vous convenir; elle conviendrait beaucoup à Titius, mais celui-ci n'a pas ce que je désire : de là les difficultés sans nombre qui gênent les échanges et entravent la circulation commerciale. Les obstacles, à cet égard, naissent souvent de l'importance relative que chacun attribue à tel objet, et qui le rend pour lui plus ou moins précieux que pour tout autre. On s'accorde rarement sur le mérite d'un seul objet, plus rarement encore sur la comparaison de deux objets différens. Pour éviter cette comparaison et les difficultés qui en résultent, il faut avoir une matière qui, représentant pour tous une même valeur, puisse toujours convenir à chacun. Cette matière existe dans la monnaie frappée au coin de l'autorité publique. Rien de plus fréquent que son usage. Il n'est personne qui chaque jour ne donne ou ne s'engage à donner une somme quelconque pour obtenir tel ou tel objet, des vivres, un esclave, un fonds de terre, une maison, etc. : mais alors ce n'est plus, à proprement parler, un échange qui se forme de part et d'autre; il existe achat d'une part, et vente de l'autre (*emptio venditio*) : on distingue la marchandise et le prix, le vendeur et l'acheteur. Le premier s'engage à fournir la marchandise ou la chose qu'il vend, et que le second achète : celui-ci s'engage à la payer. (V. *Paul. fr.* 1, *de contrah. empt.*)

PR.

Cet engagement respectif forme un contrat que les jurisconsultes romains nomment *emptio venditio* (*text. hic*), et que nous désignons chez nous par le seul mot de vente.

Une chose est vendue dès que le prix a été convenu entre les parties. C'est leur consentement qui fait la vente (*text. hic;* § 3, *h. t.*); et ce consentement, ne fût-il que tacite, suffit toujours à l'existence du contrat (V. *Scævol. fr.* 12, *de evict.*), quand même le prix ne serait pas encore payé (*text. hic; Ulp. fr.* 2, § 1, *de contrah. empt.*) ni la chose livrée; car le contrat sert précisément à lier les parties de telle façon que l'une ne puisse ni se dédire malgré l'autre, ni se soustraire à l'obligation dont elle est tenue. Le vendeur aurait pour la faire exécuter, une action dite *venditi* ou *ex vendito*, contre l'acheteur, qui, de son côté, aurait une autre action dite *empti* ou *ex empto*. (V. § 1, *h. t.; Ulp. fr.* 11, *de action. empt.; fr.* 13, § 19, *eod.*)

Notre texte ajoute, d'après Caïus (3 *inst.* 139; *fr.* 35, *de contrah. empt.*), qu'à défaut d'arrhes il en serait encore de même, parce

emptionis venditionis contractæ. Immédiatement après, Justinien expose sa propre législation : il s'occupe successivement de deux objets, d'abord de la formation du contrat, et ensuite des arrhes. Sur le premier point il distingue entre les ventes ou non écrites, et sa distinction porte évidemment sur la proposition principale de Caïus. Porte-t-elle également sur la proposition incidente? l'empereur, qui déclare ne rien innover pour la vente non écrite, s'occupe-t-il alors des arrhes qui auraient pu être données? leur conserve-t-il pour un cas quelconque le caractère que Caïus venait de leur attribuer? Justinien paraît ne s'en occuper que dans les dernières lignes de notre texte, comme dans les dernières lignes de sa constitution, et alors il ne distingue plus. Les arrhes qui, dans l'ancien droit, indiquaient toujours un contrat formé, prennent dans la nouvelle législation le caractère d'un dédit.

Ainsi, lorsque la vente devra être rédigée par écrit, les arrhes fortifieront la convention en imposant une peine à celle des deux parties qui refusera de parfaire le contrat; tandis que, dans les ventes non écrites, elles autorisent celui qui veut les perdre à revenir sur une convention qui, sans les arrhes, serait absolument irrévocable comme elle l'était dans l'ancien droit. En effet, la proposition principale de Caïus, conservée dans les premières lignes de notre texte, suppose une convention simple et un vendeur qui n'a reçu ni argent ni arrhes, *ac ne arrha quidem data fuerit*; telle est l'hypothèse sur laquelle Justinien établit sa distinction, sans s'arrêter à la proposition incidente (*nam quod arrhæ, etc.*) qui bientôt après se trouve totalement contredite par sa constitution.

§ I.

1037. Il n'y a point de vente sans prix, et ce prix doit être certain (*certum esse debet; text. hic*), en ce sens que la convention ne serait pas obligatoire si l'une des parties restait libre de déterminer arbitrairement ce qu'elle devra payer ou recevoir; par exemple, si le vendeur s'en remettait à la discrétion de l'acheteur et à l'évaluation qu'il fera lui-même de la chose. (*Caius, fr.* 35, § 1, *de contrah. empt.*) De là, question de savoir si cette évaluation pourrait être confiée à l'arbitrage d'un tierce personne. Justinien, adoptant sur ce point l'avis d'Ofilius et de Proculus, contraire à celui de Labéon et de Cassius (V. *text. hic; Caius*, 3 *inst.* 140), reconnaît dans cette convention une vente conditionnelle dont l'effet dépend absolument du prix que fixera ou ne fixera pas la personne désignée.

§ II.

1038. Le prix doit consister en argent monnayé; autrement si l'on donnait une chose pour une autre, on contracterait non pas une vente, mais un échange. Ce point avait été décidé long-temps avant Justinien (*Diocl. et Max. C.* 7, *de rer. permut.*), d'après l'avis de Proculus, et contre l'opinion des Sabiniens (*text. hic*).

Dans les longues discussions qui se sont élevées sur ce sujet (*text. hic; Paul. fr.* 1, § 1, *de contrah. empt.*), on s'accordait sur la nécessité d'un prix, sans lequel aucune vente ne peut exister; mais suivant les Sabiniens le prix d'une chose pouvait se trouver dans une autre chose quelconque. En combattant ce système, Proculus lui reprochait de confondre le prix de la vente avec la chose vendue. En effet, si je donne un cheval pour recevoir un bœuf, ou réciproquement, il est impossible de savoir quel est de ces deux objets celui qui forme le prix de l'autre, et, par suite, de savoir quel est l'acheteur ou quel est le vendeur : il importe cependant de distinguer l'un de l'autre, parce que leurs obligations respectives ne sont pas de même nature. L'acheteur ne se libère du prix que par une dation qui rend le vendeur propriétaire de ce qu'on lui paie; mais ce dernier n'est pas précisément obligé de transférer la propriété de la chose vendue. Il doit la livrer à l'acheteur, lorsque celui-ci paiera le prix (*Ulp. fr.* 13, § 8, *de act. empt.*); et, si le vendeur est propriétaire, la tradition qu'il fait de sa propre chose en transporte la propriété : dans le cas contraire, le vendeur est simplement tenu de garantir toute éviction (*Ulp. fr.* 11, § 2, *eod.*; *fr.* 25, § 1, *de contrah. empt.*); car il faut que l'acheteur puisse AVOIR la chose vendue (*ut* HABERE *liceat; Afric. fr.* 30, § 1, *de act. empt.*), c'est-à-dire la posséder sans trouble (*sine interpellatione obtinere; Pompon. fr.* 188, *de verb. obl.*). Autrement, si l'acheteur était légalement évincé, la possession serait considérée comme n'ayant pas été livrée (*Pom-*

pon. fr. 3, *de action. empt.*), et alors il agirait *exempto* pour obtenir *id quod interest.* (*Paul. fr.* 70, *de evict.*)

La distinction que nous venons de faire entre l'obligation de donner que contracte l'acheteur, et la prestation à laquelle s'astreint le vendeur, n'existe pas entre deux copermutans. Celui qui transporte une propriété veut acquérir en échange une propriété nouvelle (DO *ut* DES. *Paul. fr.* 5, *de præscript. verb.*) : la dation qui s'opère d'un côté attend de l'autre une dation respective. D'ailleurs l'échange ne se contracte pas comme la vente par le seul consentement : lorsque deux personnes conviennent de se céder réciproquement divers objets, leur convention n'est qu'un pacte non obligatoire. Le contrat d'échange se forme par la tradition de ma propre chose, que je livre pour en transférer non la simple possession, comme dans le dépôt et le commodat, mais la propriété (*Paul. fr.* 1, *pr. et* § 2 *et* 3, *de rer. permut.*), comme dans le *mutuum* (959); et c'est alors seulement que le contrat commence. En vertu de ce contrat je puis agir par condiction contre celui à qui j'ai cédé ma chose, pour répéter ce que je lui ai transféré dans un but (*ob rem; Paul. fr.* 5, *de præscript. verb.*; *Ulp. fr.* 1, *de condict. caus. dat.*) qui ne se trouve pas rempli; je puis également, si je le préfère, agir en dommages-intérêts (*Paul. fr.* 5, § 1, *de præscr. verb.*) pour obtenir une somme équivalente aux avantages que m'aurait procurés l'acquisition convenue. J'intenterai à cet effet une action dite *præscriptis verbis* (1051, 1052) qui cessera, ainsi que la condiction, dès que la convention aura été exécutée de part et d'autre. (V. *Ulp. fr.* 1, *de condict. caus. dat.*)

Le contrat de vente n'autorise aucune répétition semblable à celle dont nous venons de parler. (*Diocl. et Max. C.* 8, *de contrah. empt.*; V. *C.* 1, *de rer. permut.*) Le vendeur qui a rempli son obligation ne poursuit l'acheteur que pour contraindre ce dernier à remplir la sienne; réciproquement, lorsque celui-ci demande la chose vendue, le vendeur est dans la nécessité de la livrer (§ 2, *de donat.*; *Paul.* 1 *sent.* 13, § 4), et lorsque cette tradition est en son pouvoir, les dommages-intérêts qu'il offrirait ne peuvent le dispenser d'exécuter la convention. (V. *Vinnius, ad pr. h. t.*, n° 3, *et seqq.*)

Il existe donc entre ces deux contrats de nombreuses différences, et pour caractériser la vente il importe de distinguer la chose que le vendeur s'oblige à livrer et le prix que l'acheteur devra payer. C'est pour mieux reconnaître ce prix qu'on le fait consister en une valeur numérique. Toutefois, si je donne une somme d'argent pour un objet qu'on ne me fera pas simplement avoir, mais dont on devra me rendre propriétaire, dans ce cas le contrat que nous formons n'est pas une vente (1). Réciproquement, si vous aviez mis en vente une chose quelconque, par exemple, un fonds de terre, l'intention de vendre n'étant pas douteuse, vous ne cesseriez pas en acceptant pour prix un autre objet, par exemple un esclave, d'être considéré comme vendeur du fonds de terre; le contrat aurait dans ce cas tous les effets d'une vente sans avoir ceux d'un échange. Telle était l'opinion de Sabinus (*Caius*, 3 *inst.* 141), opinion dont les vestiges se retrouvent dans une constitution de Gordien (*C.* 1, *de rer. permut.*).

§ III.

1039. Notre texte, en rappelant la distinction précédemment expliquée (1036) sur la manière dont se forme la vente écrite ou non écrite, consacre deux principes importans sur les effets dont ce contrat est susceptible.

Le vendeur, tant qu'il n'a pas livré la chose vendue, en demeure propriétaire, *adhuc ipse dominus est* (*text. hic in fin.*). Ceci confirme tout ce que nous avons exposé précédemment sur l'acquisition de la propriété et sur les obligations de l'acheteur; car, indépendamment des satisfactions qu'il doit donner relativement au prix (397, 398; § 41, *de div. rer.*), la possession est indispensablement nécessaire pour le conduire à la propriété (394, 401). C'est par la tradition qu'il doit y arriver; la vente permet d'exiger cette tradition, mais ne la supplée pas, et conséquemment ne transfère pas une propriété que les obligations ne transfèrent jamais (952).

Toutefois le contrat existe, et, dans l'intervalle qui s'écoule depuis la vente jusqu'à la tradition, l'objet qui n'appartient pas encore à l'acheteur est néanmoins à ses ris-

(1) *Cels. fr.* 16, *de condict. caus.* *Voy.* cependant une décision contraire de Paul (*fr.* 5, § 1, *de præscript. verb.*).

ques, *periculum statim ad emptorem pertinet* (*text hic*). Tout ce qui arrive sans qu'il y ait dol ou faute du vendeur retombe sur l'acheteur, *emptoris damnum est*. C'est lui qui souffre des détériorations que la chose éprouve : réciproquement, c'est à lui que profitent les alluvions et autres accroissemens semblables. Enfin, la chose qui vient à périr, périt pour lui; il en supporte la perte, et quoiqu'il n'ait rien reçu (*licet rem non fuerit nactus*), il n'en reste pas moins débiteur du prix, *necesse est pretium solvere* (*text. hic*).

1040. Jamais décision n'a été plus claire et plus précise; cependant on l'a combattue par différens argumens. Cujas n'a jamais nié que la chose ne fût aux risques de l'acheteur et ne dût périr pour lui, en ce sens qu'il perdait alors tous les avantages résultant pour lui du contrat, et ne pouvait plus ni se plaindre du défaut de tradition, ni demander aucuns dommages-intérêts; mais, quant au prix, Cujas ne pensait pas que l'acheteur privé de la chose fût obligé de le payer. Il reconnaissait dans la décision de notre texte (*not. ad inst.*) une conséquence exacte, quoique rigoureuse, d'un principe qui, dans l'application, devait céder à l'équité. Il était conduit à ce résultat par un texte d'Africain (*fr.* 33, *locat. cond.*), qui paraît effectivement contredire le nôtre, mais qui toutefois ne le contredirait qu'incidemment et par induction : ici au contraire nous trouvons une décision directe et formelle, confirmée par beaucoup d'autres (V. *Julian. fr.* 5, § 2, *de rescind. vend.*; *Paul. fr.* 11, *de evict. fr.* 34, § 6, *de contrah. empt.*; *Diocl. et Max. C.* 6, *de peric. et commod.*), et facile à justifier. En effet, les obligations respectives que contractent le vendeur et l'acheteur ne portent pas sur un seul et même objet; il n'est donc pas étonnant qu'elles puissent s'éteindre ou se perpétuer, l'une indépendamment de l'autre. Le vendeur doit livrer la chose vendue; cette chose périssant, la tradition devient impossible : l'obligation du vendeur s'éteint, comme celle qui résulterait d'un legs (741), ou d'une stipulation (999), lorsque l'objet de l'un ou de l'autre périt sans aucun fait du débiteur (§ 16, *de legat.*; § 2, *de inutil. stip.*). Toutefois la perte de la chose vendue, en détruisant l'obligation de livrer cette chose, n'influe en rien sur l'obligation de payer le prix : cette obligation ne reste pas sans objet, car le prix ne périt pas, ou, pour mieux dire, le prix ne peut pas périr, puisqu'il ne consiste pas dans un corps certain et individuellement spécifié, mais dans une valeur numérique. Le sac qui est dans ma caisse peut disparaître, sans que je sois pour cela libéré de la somme que je vous dois, parce que je dois mille écus en général, et non pas précisément les mille écus qui se trouvaient dans tel ou tel sac. Voilà pourquoi, dans le *mutuum*, et malgré la perte des objets livrés à l'emprunteur, celui-ci reste toujours tenu de l'obligation qui consiste à rendre, non pas tel ou tel objet, mais tel nombre, tel poids ou telle mesure (962; § 2, *quib. mod. re contr.*)

Pareillement dans la vente, celui qui achète une quantité ou un genre (965), par exemple, cent boisseaux de blé, n'a aucuns risques à supporter jusqu'au moment où cette quantité aura été mesurée, et par là même réduite à un corps certain; au contraire celui qui achète en masse les cent boisseaux de blé qui se trouvent dans tel magasin court les chances dont parle notre texte (V. *Caius*, *fr.* § 35, § 5, *Modest*, *fr.* 62, § 2, *de contrah. empt.*) et que Paul (*fr.* 8, *de pericul.*) applique toutes les fois que l'objet vendu se trouve spécifié. (*Pothier*, *obligations*, n°s 657, 658; *vente*, n°s 56, 59, *Vinnius hic.*)

La décision de notre texte a été combattue par un autre argument tiré de la règle *res perit domino* : on a prétendu que la chose vendue, continuant d'appartenir au vendeur jusqu'à la tradition, devait jusque-là rester à ses risques. Remarquez à cet égard que la chose vendue est aux risques de l'acheteur comme la chose stipulée est aux risques du stipulant (999), qui cependant ne devient pas propriétaire par la stipulation; il devient seulement créancier d'un objet dont la perte suffit pour libérer le débiteur. Quant à la règle *res perit domino*, si elle paraît contredire les principes que nous exposons, c'est lorsqu'on l'interprète mal à propos dans un sens absolu. « Cette maxime reçoit application lorsqu'on » oppose le propriétaire à ceux qui ont la » garde ou l'usage de la chose, » par exemple, au dépositaire, au commodataire ou au créancier gagiste (1); « mais, lorsqu'on

(1) La règle *res perit domino* est tirée d'une constitution de Dioclétien et Maximien (*C.* 9, *de pignor. act.*

» oppose le propriétaire débiteur d'une » chose au créancier qui a une action pour » se la faire livrer, en ce cas la chose périt » pour le créancier plutôt que pour le pro- » priétaire, qui en est libéré... En effet, » chacun perd le droit qu'il a dans la chose » ou par rapport à une chose lorsqu'elle » périt par cas fortuit : le vendeur, proprié- » taire, perd son droit de propriété tel » qu'il l'avait... ; l'acheteur, de son côté, » perd le droit qu'il avait par rapport à » cette chose, c'est-à-dire le droit de se la » faire livrer. » (*Pothier*, *vente*, n° 308.) Voyez ci-dessus (768) la note qui se trouve sur le § 2 *de leg. falcid.*

1041. Depuis la vente jusqu'à la tradition, le vendeur doit garder la chose et veiller à sa conservation; le soin dont il est tenu à cet égard ne se mesure pas sur celui qu'il donne personnellement et habituellement à ses affaires, mais sur l'exactitude et la diligence ordinaire d'un bon père de famille. (*Caius*, *fr.* 35, § 4, *de contrah. empt.*) Conséquemment si la chose est volée, si l'esclave ou l'animal vendu prend la fuite, le vendeur, à qui l'on ne reproche ni dol ni faute, ne répond point de l'événement (*text. hic*), à moins qu'il ne s'en soit chargé par une convention expresse (*custodiam.... si susceperit*), car avant tout il faut considérer la convention des parties (*text. hic; Caius*, *d. fr.* 35, § 4). Toutefois, et dans le cas même où le vendeur serait exempt de toute responsabilité, s'il lui reste un droit ou une action quelconque, il ne doit pas les exercer au préjudice de l'acheteur qui supporte les risques de la chose, et qui en paie le prix. Celui-ci pourrait donc se faire céder la revendication et la condiction (*text. hic.*) que le vendeur, demeuré propriétaire, aurait en cette qualité soit sur la chose, soit à l'occasion de la chose (370 ; § 26 *de div. rer.* ; § 19, *de obl. quæ ex del.*). Il en serait de même pour les actions *furti* et *damni injuriæ* (*text. hic.*) qui compéteraient la première contre le voleur, ainsi que nous le verrons plus loin (§ 19, *de obl. quæ ex del.*), la seconde contre les auteurs de certains dommages, pertes ou détériorations prévus par la loi Aquilia. (*Voyez liv.* 4, *tit.* 3.)

§ IV.

1042. On vend et on achète, ou purement ou sous condition (*text. hic ; Caius*, 3 *inst.* 146 ; *Paul. fr.* 20, *locat.*) ; dans ce dernier cas, conformément au principe exposé ci-dessus (980), il n'y a vente, et l'obligation ne commence à produire son effet qu'après l'événement de la condition (*Ulp. fr.* 7, *de contrah. empt.*) ; tant qu'elle n'est point accomplie, la chose n'est pas aux risques de l'acheteur. (*Diocl. et Max. C.* 5, *de pericul.* ; *Paul. fr.* 8, *eod.*)

Notre texte donne ici l'exemple d'une chose vendue à l'essai, c'est-à-dire sous la condition qu'elle conviendra à l'acheteur dans un délai déterminé (*intra certum diem*). De cette manière, et jusqu'à l'expiration du délai, le vendeur est lié conditionnellement, tandis que l'acheteur reste libre de prendre ou de ne pas prendre la chose pour le prix convenu. Il en serait autrement si la même faculté lui était indéfiniment réservée sans fixation de terme ; car il n'y a point d'obligation là où aucune nécessité ne nous astreint, et par conséquent point de vente, point de contrat, lorsque l'exécution de la convention dépend absolument soit de l'acheteur, soit du vendeur. (*Ulp. fr.* 7, *de contrah. empt.* ; *Diocl. et Max. C.* 13, *eod.* ; V. *Vinnius*, *hic.*)

1043. Quelquefois les parties conviennent que la vente sera considérée comme non avenue, si dans un délai déterminé le vendeur trouve un marché plus avantageux pour lui (1). Dans cette clause il existe une condition qui ne s'applique pas à la vente, mais à la dissolution éventuelle du contrat. C'est une vente résoluble : la vente est pure et simple ; il n'y a de conditionnel et d'incertain que sa résolution : *pura emptio est*, dit Ulpien, *quæ sub conditione resolvitur* (*fr.* 2, *de in diem addict.*).

Lorsque l'acheteur ne paie pas son prix au terme convenu, le vendeur n'en reste pas moins tenu des obligations que lui impose le contrat. A la vérité, il peut ne pas livrer la chose (*Ulp. fr.* 13, § 8, *de act. empt.*), et même après la tradition il conserve encore la propriété (397 ; § 41, *de div. rer.*) ; mais la vente subsiste : le vendeur restera

où il s'agit effectivement de savoir si l'objet du gage est aux risques du créancier gagiste, ou plutôt aux risques du débiteur qui en a conservé la propriété (970).

(1) Cette convention se nomme ADDICTIO IN DIEM. *Voy.* au Digeste, *liv.* 18, *tit.* 2.

donc toujours tenu de livrer lorsque l'acheteur, dans un temps quelconque, offrira son prix. Pour rompre le marché, pour que le vendeur puisse garder ou reprendre la chose et se dégager de son obligation envers l'acheteur qui n'exécute pas la sienne, il faudrait ajouter au contrat la convention spéciale que la vente sera considérée comme non avenue si le prix n'est pas acquitté avant tel ou tel délai (1). Dans ce cas, comme dans le précédent, la vente pure et simple est susceptible d'une résolution conditionnelle. (*Ulp. fr.* 1, *de leg. commis.*)

§ V.

1044. La chose qui périt après la vente, périt pour l'acheteur (1039); il n'en est pas de même à l'égard des choses qui n'existeraient plus au moment du contrat lorsqu'il est pur et simple, ou à l'événement de la condition, lorsqu'il est conditionnel. Dans ces deux cas il n'y a point d'obligation (*Paul fr.* 15, *de contrah. empt.*; *fr.* 8, *de pericul.*); car la vente, comme la stipulation, n'a pu se former sans objet, *sine re quæ veniat* (*Pompon. fr.* 8, *de contrah. empt.*)

Pareillement, nul n'achète sa propre chose (*Pompon. fr.* 16, *eod.*), à moins que ce ne soit sous condition (*Marcel. fr.* 61, *eod.*; V. 998.)

1045. Un homme libre ne peut être ni stipulé ni vendu, même pour le cas où il deviendrait esclave (*Paul. fr.* 34, § 2 *de contrah. empt.*). Il en est de même des choses sacrées, religieuses, publiques, et en général de toutes celles qui sont hors du commerce (998; *Paul. d. fr.* 34, § 1) : néanmoins notre texte introduit ici pour la vente une distinction qu'il n'a point faite pour les obligations verbales. Dans ces dernières, il importe peu que l'objet stipulé n'existe pas ou existe hors du commerce (V. *Modest. fr.* 103, *de verb. obl.*), et quand même le stipulant ignorerait l'obstacle qui s'oppose à la formation du contrat, la stipulation n'en serait pas moins inutile (*Caius, fr.* 1, § 9 *et* 10, *de obl. et act.*); mais, dans la vente d'une chose hors du commerce, le contrat ne reste pas toujours sans effet. A la vérité, celui qui achète sciemment achète en vain (*frustra sciens emit*; *text. hic*; *Pompon. fr.* 6, *de contrah. empt.*) : mais, dans le cas contraire, l'acheteur peut agir *ex empto* contre le vendeur, non pour se faire délivrer la chose, car, sous ce rapport, le contrat ne produit pas son effet ordinaire (V. *Modest. fr.* 62, § 1, *eod.*); mais pour se plaindre de ce qu'on ne la lui fait pas avoir, *quod habere non liceat*, et pour obtenir en conséquence une indemnité équivalente à l'intérêt qu'il aurait eu de n'être pas trompé (*text. hic in fin.*). Ici le contrat produit une obligation, et, sous ce rapport, on peut dire avec Pomponius (*fr.* 4, *de contrah. empt.*) qu'il y a vente. (V. *Licin. Ruf. fr.* 70, *eod.*)

Dans la décision qui précède, notre texte suppose que l'acheteur (*deceptus a venditore*) aurait été trompé par le vendeur. Toutefois l'erreur pourrait avoir été commune aux deux parties, et, dans ce cas comme dans l'autre, le vendeur serait également responsable. (*Licin. Ruf. d. fr.* 70; *Julian. fr.* 39, § 3, *de evict.*)

Observons, au surplus, qu'une erreur trop grossière ne profiterait nullement à l'acheteur qui voudrait s'en prévaloir. (*Paul. fr.* 15, § 1, *de contrah. empt.*) On se trompe aisément sur la qualité des personnes ou des choses : il est difficile de distinguer si tel individu est libre ou esclave (*Paul. fr.* 5, *eod.*), si tel emplacement est profane ou sacré, pur ou religieux, etc.; mais l'existence de la chose vendue est un fait matériel dont chacun peut toujours s'assurer. Aussi, dans le cas dont nous avons parlé précédemment (1044), la vente dont l'objet n'a jamais existé ou n'existe déjà plus serait absolument nulle, quelle qu'ait été l'opinion des parties ou de l'une d'elles (2).

1046. Sauf quelques exceptions (184, 485, 513), nul n'aliène le bien d'autrui; mais vendre et aliéner sont deux choses essentiellement distinctes. On peut donc vendre ce dont on ne serait pas propriétaire; et

(1) *Diocl. et Max. C.* 6, *de action. empt.* Cette convention se nomme LEX COMMISSORIA. (V. au Digeste, *liv* 18, *tit.* 3.) Le mot *lex* désigne souvent les clauses d'un contrat. (V. § 5, *de locat. cond.*)

(2) *Voyez* cependant Paul (*fr.* 57, *de contrah. empt.*) et Papinien (*fr.* 58, *eod.*). Il s'agit dans ces deux textes d'une maison incendiée, et néanmoins on distingue si l'acheteur a eu connaissance de l'incendie. Dans ce cas on décide qu'il est tenu de payer le prix. Noodt regarde cette décision comme apocryphe. (V. *Pothier, pand. just.* XVIII, I, 4, *not.* i *et* k). Cujas fait observer que, malgré la destruction des bâtimens, le terrain subsiste encore : il en serait autrement, suivant lui, si la chose était détruite de manière à ce qu'il n'en restât pas la moindre parcelle.

comme la chose ainsi vendue et livrée ne changerait pas de maître, l'acheteur serait exposé à une éviction (*Ulp. fr.* 28, *de contrah. empt.*) dont le vendeur resterait garant. (1038).

TITRE XXIV.

DU LOUAGE.

1047. Précédemment nous avons vu (964) que le commodat est essentiellement gratuit. Celui qui reçoit une chose pour s'en servir peut sans doute ne pas en user gratuitement; et alors, au lieu d'un commodat, il se forme un autre contrat (V. § 2, *h. t.*) qui, n'étant pas gratuit prend le nom de louage, du moins lorsque les parties fixent une rétribution pécuniaire. Si, pour vous servir d'une chose, vous payez ou convenez de payer une somme quelconque, vous n'êtes plus commodataire, mais locataire; dans ce cas on vous loue l'usage de la chose : *locatus tibi usus rei videtur* (§ 2, *in fin.*, *quib. mod. re contrah.*). On pourrait aussi vous en louer la jouissance, en fixant une somme que vous devrez payer non pour user de la chose, mais pour en percevoir les fruits. C'est ainsi que le colon ou fermier paie pour exploiter (1) le terrain dont on l'autorise à jouir (2).

Le dépôt, gratuit comme le commodat, se changerait également en louage, si le déposant payait ou convenait de payer la surveillance du dépositaire. Pareillement, lorsque vous consentez à exécuter pour autrui une commission, une entreprise, une opération quelconque, le contrat, s'il est gratuit, est un mandat; mais dans tous les cas où le service rendu gratuitement constituerait soit un dépôt soit un mandat, le prix que les parties contractantes mettent aux soins ou au travail de l'une d'elles suffit pour changer la nature du contrat; et alors il existerait un louage (§ 13, *de mandat.*) ayant pour objet le travail et l'industrie d'une personne *operæ locatio*. (V. § 4, *h. t.*; 1076.)

1048. Le commodat, le dépôt et le mandat ont, comme contrats gratuits, un caractère commun qui les distingue tous également du louage, dont les deux premiers diffèrent en outre par la manière dont ils se forment. En effet, le commodat et le dépôt sont des contrats réels qui n'existent que par la tradition et après la tradition de la chose; tandis que le louage est purement consensuel. (*Paul. fr.* 1, *locat. conduct.*)

PR.

Sous ce rapport, le louage se rapproche du mandat, et principalement de la vente : il se forme comme eux par la seule convention. Celle-ci est obligatoire et devient contrat, dès que les parties ont fixé la somme que l'une d'elles devra payer à l'autre (*text. hic*; *Caius*, *fr.* 2, *locat. cond.*); cette somme prend dans la vente la dénomination de *pretium* (prix), et dans le louage la dénomination de *merces* (rétribution, salaire, loyer, fermage). Du reste, tout ce qu'on a dit précédemment sur les ventes qui doivent être écrites (1036; *pr. de empt. vend.*) s'applique également au louage (*Justin.*, *C.* 17, *de fid. instrum.*).

Il faut appliquer aussi tout ce qu'on a dit précédemment (1037, 1038; § 1 *et* 2, *de empt. vend.*) sur l'arbitrage d'un tiers, et sur l'argent monnayé. Ce qui est décidé pour le *pretium* de la vente est également décidé pour le *merces* du louage (§ 1 *et* 2, *h. t.*; *Caius*, 3 *inst.* 143 *et* 144; *fr.* 25, *locat. cond.*).

1049. Le louage produit comme la vente deux actions respectives, savoir : l'action *locati* ou *ex locato* qui appartient au LOCATOR, et l'action *conducti* ou *ex conducto* qui se donne au CONDUCTOR (*text. hic*). Ces dénominations et les différences qui peuvent en résulter, ne donnent lieu à aucune difficulté dans le louage des choses. On retrouve entre le *locator* (locateur, bailleur) et le *conductor* (locataire, preneur), une distinction analogue à celle qui existe entre le vendeur et l'acheteur. On appelle *conductor* (3) celui des contractans qui s'engage

(1) NUMMIS COLIT (*Paul. fr.* 26, § 1, *de furt.*); AD NUMERATAM PECUNIAM CONDUXIT (*Caius*, *fr.* 25, § 6, *de locat. cond.*).

(2) FRUENDAM ACCEPIT (§ 2, *h. t.*), FRUENDA TRADUNTUR (§ 3, *h. t.*).

(3) Lorsqu'il s'agit d'un fonds de terre, le *conductor* se nomme *colonus* (V. *Pompon. fr.* 3, *locat. cond.*; *Scæv. fr.* 61, *eod.*), parce qu'il cultive. On appelle *inquilinus* le locataire d'un appartement, ou même la personne qui habite gratuitement dans la maison d'autrui; mais dans ce dernier cas, l'*inquilinus* n'est plus locataire ni par conséquent *conductor*; en effet il n'y a point de louage sans cette rétribution que l'on appelle en général *merces*. Relativement aux immeubles, cette

à payer ; *locator*, celui qui s'oblige à faire user ou à faire jouir : l'action *conducti* intentée contre ce dernier tend à obtenir de lui tout ce qu'il est obligé de faire, soit par les clauses expresses de la convention, soit par la nature même du contrat, et spécialement une prestation, c'est-à-dire une tradition telle que le *conductor* puisse jouir de la chose louée, *ut ei præstetur frui licere* (*Ulp. fr.* 9 ; *fr.* 15, *pr. et* § 1, *locat. cond.*). L'action *locati* que l'on intente contre le *conductor* le contraint non-seulement de payer la somme convenue, mais aussi de remplir plusieurs autres obligations dont nous parlerons ci-après (§ 5, *h. t.*), et surtout de restituer la chose (*Diocl. et Max. C.* 25, *h. t.*), qui doit être rendue en bon état et sans détérioration. (*Ulp. fr.* 11, § 2 *et* 3, *locat. cond.*)

Dans le louage d'ouvrage, celui des contractans qui fournit son industrie pour une rétribution déterminée loue son travail et se nomme *locator;* dans ce cas, comme dans le précédent, celui qui paie se nomme *conductor*. (*Ulp. fr.* 19, § 2, *locat. cond.*) Souvent aussi l'entrepreneur qui se charge d'exécuter une opération quelconque se nomme *conductor*, et alors ce n'est plus le *locator* qui reçoit la somme convenue ; c'est lui au contraire qui la paie. (*Ulp. fr.* 11, § 3 ; *fr.* 13, § 1, 2 *et* 3, *eod.*) Dans ce cas, selon Vinnius, il est tout à la fois *locator* de l'opération (*operis*) dont il confie l'entreprise, et *conductor* des travaux, des soins ou de l'industrie (*operæ*) que doit fournir l'entrepreneur ; réciproquement ce dernier devient *conductor* (1) de l'entreprise, et *locator* de son industrie. Vinnius appuie cette distinction sur deux textes d'Ulpien (*fr. de* 1, *æstim.*) et de Paul (*fr.* 22, § 2, *locat. cond.*). *Voyez* aussi Alfenus (*fr.* 30, § 1, *eod.*), Javolenus (*fr.* 51, § 1, *fr.* 59), *eod.* et Papinien (*fr.* 1, § 1, *de præscript. verb.*).

§ I.

1050. La rétribution du louage (*merces*), comme le prix de la vente, doit être fixée soit par les contractans eux-mêmes, soit par un arbitre qu'ils choisissent (*text. hic* ; V. 1037).

Souvent, au contraire, on emploie un ouvrier sans déterminer à l'avance le salaire qu'on lui destine. C'est ainsi qu'un tailleur raccommode un habit pour une rétribution qui n'est point encore fixée et qui dépend d'une convention ultérieure ; il recevra *postea tantum quantum inter eos convenerit*. Comme l'ouvrier ne travaille pas gratuitement, le contrat qui intervient ici n'est point un mandat : ce serait plutôt un louage ; mais, le salaire n'étant pas déterminé, on a pensé qu'il n'y a pas précisément louage *non proprie locatio et conductio*. Toutefois, la question avait été débattue. Caïus (3 *inst.* 143) la présente comme étant encore indécise, et cette indécision a conduit à donner une action PRÆSCRIPTIS VERBIS (V. *text. hic; Caius fr.* 22, *de præscr. verb.*) en réservant les actions *locati* et *conducti* au cas où le salaire primitivement déterminé caractérise un louage proprement dit.

§ II.

Une question semblable avait divisé les opinions relativement à l'échange (§ 2 *de empt. vend.*); et ce contrat, définitivement considéré comme distinct de la vente, produit aussi l'action *præscriptis verbis* (1038). On a pensé que le prix de la vente devait être fixé en argent monnayé, et la même décision s'est étendue au louage. Ainsi l'on ne verra point un louage entre deux personnes qui se seraient accordées pour user ou jouir respectivement d'une chose appartenant à l'autre ; par exemple, si deux voisins ayant chacun un bœuf unique accouplent les deux animaux, afin que la paire serve d'abord à l'un des contractans, puis à l'autre, pour labourer leurs champs respectifs (2).

rétribution se divise communément en plusieurs paiemens, d'où vient le mot *pensio*, *pensiones* ou *reditus*. (V. § 3, *h. t.; Ulp. fr.* 4, *de us. et hab.; fr.* 5, *locat. cond.; Paul. fr.* 55, § 2, *eod.*)

(1) On REDEMPTOR. (V. *Ulp. fr.* 39, *de rei vind.*)

(2) *Text. hic;* V. *Ulp. fr.* 17, § 3, *de præscr. verb.:* dans cet exemple, je me sers de la chose de mon voisin et réciproquement il se sert de la mienne. Il y aurait jouissance respective si, par un arrangement semblable au précédent, j'exploitais et faisais valoir une pièce de terre appartenant à une personne qui réciproquement cultiverait à son profit un autre terrain à moi appartenant. Ce dernier exemple, tel que je le donne ici, ne se rencontre pas dans les textes ; toutefois, nous trouvons un contrat absolument analogue entre deux copropriétaires du même fonds qui s'arrangent pour en percevoir les fruits alternativement de deux en deux ans. (V. *Ulp. fr.* 23, *commun. div.*)

Dans ce cas si mon bœuf vient à périr chez mon voisin, je dois avoir une action contre lui; mais cette action ne sera pas celle du commodat, car le voisin, qui avait reçu l'animal pour en user, n'en usait pas gratuitement. D'un autre côté, il ne donne ou ne promet en retour aucune somme d'argent; on n'aura donc contre lui aucune des actions qui résultent du louage, car le contrat n'est point un louage, *placuit non esse locationem et conductionem* (*text. hic*). Toutefois ce fut une question (*Caius* 3 *inst.* 144); et lorsque les avis, originairement partagés, se réunirent; lorsque l'on reconnut ici un contrat particulier, *propri um genus contractus* (*text. hic*), qui se distingue du louage, comme l'échange se distingue de la vente (1), on recourut encore à l'action *præscriptis verbis*. Il en est de même suivant Ulpien (*fr.* 1, *de æstim.*) toutes les fois que le nom d'un contrat ou celui de l'action qui doit en résulter, serait l'objet d'un doute qui n'existe pas sur le contrat même et sur la question de savoir s'il faut donner une action quelconque; enfin, suivant le même jurisconsulte, il y a obligation et contrat non-seulement dans les cas de vente, de louage, de société, de mandat, de dépôt, et autres contrats semblables, mais aussi toutes les fois que la convention renferme une cause (*subsit causa; fr.* 7, § 2, *de pact.*) ou NEGOTIUM ALIQUOD (*Ulp. fr.* 15, *de præscr. verb.*) : alors la convention, sortant des limites du simple pacte, produit une action et devient contrat.

1051. C'est ce qui arrive toujours lorsque par suite des conventions arrêtées entre nous, je vous ai transféré la propriété d'un objet quelconque, non par pure libéralité comme dans la donation, mais *certa lege* (*Papin. fr.* 8, *in fin.*, *de præscr. verb.*), c'est-à-dire pour que vous me transfériez un autre objet (*Marcian. fr.* 25; V. *Javol. fr.* 10, *eod.*), ou pour que vous exécutiez un fait quelconque. Dans le premier cas (et ce cas est celui de l'échange), j'aliène pour acquérir, DEDI UT DARES (*Ulp. fr.* 7, § 2, *de pact.*), DO UT DES (*Paul. fr.* 5, *de præscr. verb.*); dans le second, j'aliène non pour acquérir, mais pour vous astreindre à l'exécution d'un fait (DEDI UT FACIAS, *Ulp. d. fr.* 7, § 2; DO UT FACIAS, *Paul. d. fr.* 5), par exemple à libérer un esclave, à peindre un tableau, à réparer mon bâtiment. Dans l'un et l'autre cas, si vous ne remplissez pas la convention, j'agirai contre vous, soit par condiction, pour répéter la chose que j'ai aliénée, soit par l'action *præscriptis verbis*, pour être indemnisé du tort que j'éprouve (*Paul. d. fr.* 5, § 2, *de præscr. verb.; Papin. fr.* 7, 8 *et* 9, *eod.*). Réciproquement, si, après avoir exécuté le fait promis, vous êtes évincé de l'objet que je vous avais transféré, vous agirez contre moi par cette même action *præscriptis verbis*. (*Ulp. d. fr.* 7, § 2, *de pact.*)

Notre texte suppose deux personnes qui se procurent réciproquement la faculté d'user ou de jouir de certains objets, et la convention, qui par elle-même serait un simple pacte, devient un contrat dès que je commence à vous faire jouir ou à vous faire user. Ici, je ne transfère, je n'aliène rien; ce n'est point une dation, c'est un fait que j'exécute pour que l'on exécute envers moi un fait semblable : ainsi, et par suite des conventions arrêtées entre nous, je bâtis sur votre terrain pour que vous bâtissiez sur le mien, FACIO UT FACIAS (*Paul. d. fr.* 5, § 4, *de præscr. verb.*). Dans ces différens cas il n'y a pas échange de propriété, mais échange de jouissance, d'usage, d'industrie; il y a prestation d'un fait qui aurait pu former l'objet d'un louage. Aussi l'action *præscriptis verbis* produira-t-elle un résultat semblable à celui que produiraient les actions *locati* ou *conducti*. Elle se rapprocherait, au contraire, de l'action *mandati* entre deux contractans qui, se donnant et acceptant une sorte de mandat réciproque, auraient géré les affaires l'un de l'autre. (*Paul. d. fr.* 5, § 4, *eod.*)

Dans le paragraphe précédent, le tailleur qui raccommode un habit n'attend pas en retour un fait semblable à celui qu'il exécute; il travaille pour obtenir une dation, c'est-à-dire un paiement qui le rendra propriétaire de la somme payée. Il agit à cet effet par l'action *præscriptis verbis*; et cependant, lorsque j'exécute un fait pour obtenir une propriété (FACIO UT DES, *d. fr.* 5, § 3), Paul me refuse toute action civile (2),

(1) J'ai dit précédemment (1038) que rien n'empêche de vendre pour un prix qui consisterait en toute autre chose qu'une somme d'argent, lorsqu'il est possible de distinguer l'acheteur du vendeur, et l'objet vendu de l'objet qui forme le prix. La même observation ne pourrait-elle pas s'appliquer au louage? Voyez à cet égard Dioclétien et Maximien (*C.* 21, *de locat. et cond.*), qui nous donnent l'exemple d'un terrain loué pour une certaine quantité d'huile. Toutefois, consultez Vinnius, *hic* n° 2.

(2) Il faut alors recourir à une action prétorienne, et notamment à l'action de dol. Voyez aussi Dioclétien et Maximien. (*C.* 4, *de dol. mal.*).

et par conséquent l'action *præscriptis verbis*, que j'obtiens dans le cas inverse, DO UT FACIAS, c'est-à-dire lorsque j'ai transféré une propriété pour obtenir un fait. La même distinction semble admise avec les mêmes conséquences par Pomponius (*fr.* 16, § 1, *eod.*), et par Ulpien (*fr.* 15, *eod.*). Pourquoi donc autoriser l'ouvrier à exercer l'action *præscriptis verbis ?*

1052. Au milieu des conjonctures auxquelles cette matière reste abandonnée, il est un point qui paraît indubitable, c'est que quiconque transfère sa propriété a toujours une action contre celui qui, en recevant la chose et pour l'obtenir, aurait fait des promesses qu'il ne remplit pas. On peut agir contre lui soit pour répéter la chose, soit pour obtenir *id quod interest*. Dans tous les autres cas, la question de savoir si la convention suivie d'un commencement d'exécution produit une action civile, semble dépendre de l'analogie qui rapprocherait cette convention des contrats de dépôt, de commodat, de vente, de louage, de mandat et de société (1). Alors on ne pouvait pas précisément se servir des actions que les lois avaient nominativement et spécialement attachées à ces différens contrats ; mais, pour suppléer à leur insuffisance (V. *Papin., Cels., Jul. et Ulp. fr.* 1, 2, 3 *et* 4 ; *Pompon. fr.* 11, *eod.*), ou même pour trancher toute difficulté sur le choix à faire entre elles, et sur les dangers que ce choix pouvait entraîner (2), on recourait à une action utile *in factum* dite PRÆSCRIPTIS VERBIS, sans doute parce que l'on écrivait en tête de la formule les faits que le juge aurait à vérifier (3).

§ III ET IV.

1053. Entraînés malgré nous dans une digression inévitable, hâtons-nous de revenir au point de départ. Justinien s'occupe principalement de l'analogie existante entre la vente et le louage ; pour mieux établir la similitude, il cite, comme l'avait fait Caius (3 *inst.* 145, 146 *et* 147), certaines conventions qui semblent se rapprocher également de l'un et de l'autre contrats. Celle dont il est question dans le § 4 s'explique suffisamment par le texte même ; si j'entre dans quelques détails, ce sera donc sur le § 3.

Il arrive souvent de recevoir un terrain pour en jouir à perpétuité (*perpetuo fruenda*), moyennant une somme qui doit être annuellement payée (*pensio sive reditus*) au propriétaire, en sorte que le preneur ou ses héritiers, ainsi que toute autre personne qui succéderait à ses droits d'une manière quelconque, continuassent à jouir du terrain sans que le bailleur pût le leur retirer, du moins, tant que le paiement de la redevance ne serait pas interrompu *quamdiu pensio sive reditus præstetur* (*text. hic*). Celui qui ne reçoit un fonds que pour en jouir (*fruenda traduntur*) ressemble beaucoup plus à un fermier qu'à un acheteur ; d'un autre côté, concéder une jouissance perpétuelle, c'est pour ainsi dire aliéner ; et alors le propriétaire qui livre son fonds paraît moins le louer que le vendre ; on pouvait donc hésiter sur la nature du contrat. Caïus nous apprend (3 *inst.* 145) que l'opinion la plus générale le considérait comme louage ; et ce renseignement explique pourquoi, dans notre texte on appelle *dominus* la personne qui livre le terrain, et *conductor* celle qui le reçoit.

Plus tard, dans le Bas-Empire, et par une constitution de Zenon (*text. hic; C.* 1, *de jur. emphyt.*), le contrat dont nous parlons forma, sous le nom d'emphytéose, un con-

(1) *Voyez* Papinien (*fr.* 1, § 2, *de præscript. verb.*), Ulpien (*fr.* 17, *pr. et* § 2 ; *fr.* 18 ; *fr.* 20, *pr.*, § 1 *et* 2 ; *fr.* 19, § 1 ; *fr.* 13, *pr. et* § 1, *eod.* ; *fr.* 44, *pro soc.*), Neratius (*fr.* 26, *de præscr. verb.*), Proculus (*fr.* 12, *eod.*), Pomponius (*fr.* 26, *eod.*), Caius (*fr.* 22, *eod.*), Africain (*fr.* 24, *eod.*), et Paul (*fr.* 5, § 4, *eod.*).

(2) Dans le cas même où le contrat est certain, par exemple, dans un louage proprement dit, il peut encore exister du doute sur la question de savoir si l'un des contractans doit être considéré comme *locator*, ou plutôt comme *conductor*, et conséquemment s'il doit agir par l'action *locati* ou par l'action *conducti*. Dans ce doute, Papinien (*fr.* 1, § 1, *eod.*) décide qu'il faut intenter une action civile IN FACTUM, autrement dite INCERTI OU PRÆSCRIPTIS VERBIS. (V. *Ulp. fr.* 7, § 2, *de pact.* ; *Papin. fr.* 8, *de præscr. verb.*) Dans un autre texte, il s'agit de savoir si l'on agira EX CONDUCTO OU COMMUNI DIVIDUNDO, et Ulpien (*fr.* 23, *commun. divid.*) déclare que du moins on pourra toujours employer l'action *in factum incerti civilem*. Ailleurs il reconnaît que l'on pourrait avoir l'action de commodat (*fr.* 17, *de præscr. verb.*), mais qu'il est plus sûr (*tutius*) de recourir à l'action PRÆSCRIPTIS VERBIS. *Tutius erit*, *melius est*, disent pareillement Paul (*fr.* 5, § 4, *eod.*), Ulpien (*fr.* 18 *et* 19, *eod.*) et Africain (*fr.* 24, *eod.*).

(3) PRÆSCRIPTIS VERBIS REM GESTAM DEMONSTRAT (*Alex. C.* 6, *de transact.*), INITIO FORMULÆ NOMINATO EO QUOD FACTUM EST (*Caius*, 4 *inst.* 46). Nous reviendrons plus tard sur la distinction des actions *in factum* et des actions *in jus*, dans lesquelles *de jure quæritur*. (*Caius*, 4 *inst.* 45.)

trat distinct de la vente comme du louage, et dont l'étendue ainsi que les effets, soit relativement aux cas fortuits, soit sur tout autre point, se règlent par la convention des parties, conformément aux clauses arrêtées entre elles; enfin, à défaut de convention particulière sur les cas fortuits, Zenon voulut que la destruction totale de la chose fût aux risques du bailleur, et que le preneur au contraire supportât la perte particlle et la chance de tous les événemens qui nuisent, sans dénaturer entièrement la chose (*text. hic; Zen. C. 1, eod.*). Ainsi, dans le premier cas, le preneur, libéré de toutes ses obligations, cesse de payer la redevance annuelle; en cela il diffère de l'acheteur, qui doit toujours le prix de la chose qui périt même avant la tradition (1040). Dans le second cas, les pertes que le preneur éprouve ne le déchargent nullement de la redevance que l'on nomme *solarium* parce qu'elle est due à raison du sol (*Ulp. fr.* 2, § 17, *ne quid in loc. publ.*), et tant que le sol subsiste, *in recognitionem dominii*, dit Vinnius (*hic*, nº 10). Dans le louage, au contraire, le fermier paie en raison des produits de la terre: le bailleur doit le mettre en état de recueillir les fruits que le fonds est susceptible de rapporter; autrement, lorsqu'il ne peut pas jouir, lorsqu'une stérilité, une sécheresse extraordinaire, une incursion d'ennemis ou autres événemens semblables anéantissent la récolte, le colon est déchargé de son fermage; il ne perd alors que ses semences. (*Ulp. fr.* 15, § 2 *et seqq., locat. cond.*)

1054. Indépendamment des actions personnelles que le contrat d'emphytéose produit entre les parties pour l'exécution réciproque de leurs conventions, la tradition du fonds confère à l'emphytéote un droit qui, sans le rendre précisément propriétaire, lui assure en quelque sorte, et sauf le paiement du *solarium*, tous les avantages de la propriété. Il peut aliéner la chose (*text. hic*), et réciproquement, lorsqu'elle est indûment possédée par un autre, l'emphytéote peut la réclamer par une action réelle que lui accorde le droit prétorien. C'est une revendication *utile* qu'il obtient sans être propriétaire et comme s'il l'était. (V. *Paul. fr.* 1, § 1, *si ager vectigal; Paul. et Ulp. fr.* 73, § 1; *fr.* 74 *et* 75, *de rei vind.; Ulp. fr.* 1, § 6, *de superfic.*) A cette occasion, les interprètes ont considéré le bailleur et l'emphytéote comme deux propriétaires ayant chacun une propriété distincte; ils ont appelé domaine direct la propriété que conserve le premier, et domaine utile le droit que l'emphytéose confère au second. La vérité est, et Cujus (*ad fr.* 74, *de rei vindic.*) avait déjà dit, qu'il n'y a pas de domaine utile, bien que l'on accorde souvent une revendication utile à celui qui n'est pas propriétaire, et par exemple à l'emphytéote, qui n'a pas la propriété, mais plutôt une sorte de servitude (V. *Julian. fr.* 86, § 4, *de legat.* 1º), un droit inhérent au fonds, un JUS PRÆDII (*Ulp. fr.* 3, § 4, *de reb. eor.*), nommé *jus emphyteuticum* (1).

Ce droit, qui de sa nature est perpétuel (*perpetuo fruenda text. hic*; V. *Paul. fr.* 1, *si ager vect.; Arcad. et Honor. C.* 1, *de off. com. sacr.*), peut cependant être limité, pourvu que le terme soit assez long (*non modicum; Ulp. fr.* 1, § 3, *de superfic.*).

§ V.

1055. Celui à qui un objet quelconque a été loué ne doit pas seulement payer la somme convenue, il est tenu de se conformer en outre à toutes les causes accessoires du contrat, *omnia secundum legem conductionis facere*. Ainsi nulle difficulté, nulle incertitude sur les points qui auraient été réglés par une convention expresse; mais notre texte va beaucoup plus loin encore: il s'occupe du cas où les clauses du contrat n'auraient pas prévu tout ce qu'elles pouvaient prévoir, et alors (*si quid in lege prætermissum fuerit*) il veut que l'équité supplée à l'omission, en sorte que le preneur soit tenu de certaines obligations dont l'étendue, dans le silence du contrat, se détermine *ex bono et æquo* (*text. hic*); et cela sans doute par application du principe général, qui, dans les contrats consensuels, règle sur la même base (*ex bono et æquo; pr.; de obl. ex cons.*) ce dont chaque partie est tenue envers l'autre. (V. § 30, *de action.*)

Ainsi, pour ne pas détériorer les terres

(1) *Voyez* au Code le titre *de jur. emphyt.* JUS, dit Ulpien (*d. fr.* 3, § 4), signifie planter, ensemencer. De là est venu le nom d'emphytéose, parce qu'originairement le preneur obtenait à ce titre des terres incultes destinées à être défrichées ou plantées. C'est ainsi que l'on concédait principalement les terres appartenant aux cités. (V. *Caius*, 3 *inst.* 145; *Paul. fr.* 1, *pr. et* § 1, *si ager vectigal.*)

par une culture intempestive, le colon devra exécuter en temps opportun les travaux propres à chaque saison; soigner les bâtimens afin de ne les point dégrader (*Caius, fr.* 25, § 3, *locat. cond.*), et, à défaut de convention spéciale, se conformer aux usages locaux (V. *Alex. C.* 8; *Diocl. et Maxim. C.* 19, *eod.*)

1056. La responsabilité du locataire relativement aux risques de la chose est encore un des points où la convention des parties peut modifier l'effet ordinaire du contrat, soit en déchargeant le preneur de toute garantie, excepté celle de son propre dol, soit au contraire en lui faisant supporter les cas fortuits, qui autrement ne seraient pas à sa charge. (*Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.*) Il ne serait donc pas responsable si la chose périssait par accident; mais la perte retomberait sur lui si elle arrivait par sa négligence : car il est tenu de tous les soins que pourrait avoir l'homme le plus attentif, *diligentissimus pater familias* (*text. hic*; V. *Caius, fr.* 25, § 7, *eod.*), c'est-à-dire, comme nous le verrons ailleurs (1070), que le locataire, toujours tenu des mêmes soins qu'il donne habituellement à sa propre chose, doit en outre tous les soins dont serait susceptible un homme plus diligent, s'il en existe (V. § 2, *quib. mod. re contrah.*; § 1, *de obl. quasi ex contract.*) Dans le louage d'ouvrage, l'artisan qui contracte comme tel répond aussi de sa négligence; mais le soin le plus attentif n'empêcherait pas la chose de périr ou de se détériorer entre les mains d'un ouvrier qui ne connaîtrait pas son état : dans ce cas, celui-ci répond de son impéritie, comme d'une faute. (*Ulp. fr.* 9, § 5, *fr.* 13, § 5, *eod.*; V. 1131.)

§ VI.

1057. L'usufruit constitué pour un temps fini à l'expiration du terme (*Paul.* 3 *sent.* 6, § 33), et celui qui jusque-là était usufruitier perd avec cette qualité le droit de percevoir les fruits. (*Alex. C.* 5, *de usufr. et hab.*) Réciproquement, l'usufruit s'éteindrait, même avec l'expiration du terme par le décès de l'usufruitier, et ses héritiers ne profiteraient nullement du temps qui reste à courir, car la servitude ou le droit d'usufruit attaché à la personne de l'usufruitier (*Marcian. C.* 1, *de servit.*) ne peut jamais lui survivre : il s'éteint nécessairement avec la personne, et revient alors s'unir à la propriété (§ 3 *et* 4, *de usufr.*). En constituant ce droit à terme ou ne lui donne pas une extension contraire à sa nature, mais plutôt une limite; on ne prolonge pas sa durée, on restreint celle dont il serait susceptible. Le terme fixé est une cause d'extinction qui se joint aux autres, et chacune d'elles opère séparément. Ainsi, dans ce cas l'usufruit s'éteint ou par l'expiration du temps, ou par le décès (*Paul.* 3 *sent.* 6, § 33); par l'expiration du temps fixé, lorsque l'usufruitier vit encore, et par le décès de ce dernier, lorsque le terme n'est pas expiré.

Il en est autrement du *conductor*, qui doit user ou jouir pendant un certain temps. Sa mort ne change rien au contrat qui continue d'exister pour ses héritiers comme pour lui, pendant tout le temps qui reste à courir (*intra tempora conductionis*). Ces derniers succèdent à leur auteur et le représentent dans toutes les conséquences du louage, *eodem jure in conductione succedit* (*text. hic*), parce qu'en général les contrats, les obligations et actions qui en résultent, survivent à la personne des contractans et se perpétuent par l'hérédité. (V. § 1, *de perpet. et temp.*) Il importe donc de ne pas confondre le *conductor* avec l'usufruitier. L'un et l'autre acquièrent les fruits qu'ils ont perçus ou fait percevoir (388, 390); mais l'usufruitier jouit, parce que tel est son droit, parce que c'est à lui qu'appartient la jouissance : le fermier, au contraire, jouit sans avoir la jouissance, parce qu'on le fait jouir et parce qu'on est tenu de le faire.

TITRE XXV.

DE LA SOCIÉTÉ.

1058. Il arrive souvent que certaines choses appartiennent à plusieurs copropriétaires, comme une hérédité à plusieurs héritiers, l'objet d'un legs à plusieurs colégataires, qui tous ont une part indivise de la chose commune, un droit proportionnel aux fruits et aux avantages qu'elle produit, sauf à contribuer dans la même proportion aux dépenses dont cette chose est susceptible. Ils partagent les bénéfices et les pertes : il y a entre eux communauté, mais non société (§ 3 et 4, *de obl. quasi ex contr.*); car la société est un contrat, c'est-à-dire

qu'elle ne se forme jamais sans le consentement mutuel de toutes les parties. Ainsi les personnes entre lesquelles une communauté quelconque s'établit sans convention ne se sont point associées (*Ulp. fr.* 31, *pro soc.*), et ceux même qui s'accordent pour acheter le même objet l'acquièrent souvent sans devenir sociétaires, par exemple, dans les adjudications où deux concurrens qui se nuiraient réciproquement s'accordent pour acheter en commun. Ils ne sont point associés (*Ulp. fr.* 32 *et* 33, *eod.*), sans doute parce que la communauté qu'ils ont établie a été pour eux un moyen plutôt qu'un but; ils ne veulent point avoir la chose en commun; ils ne consentent à l'acheter ensemble que pour la diviser et séparer immédiatement leurs intérêts. Les associés, au contraire, s'accordent pour être et pour rester unis, du moins pendant un certain temps. Leur but n'est pas de diviser une chose commune, mais d'établir une communauté, une masse, à laquelle chacun contribue par un apport spécial.

Cet apport consiste quelquefois, pour un ou plusieurs associés, dans leur industrie, sans aucune autre mise (*Caius*, 3 *inst.* 149; § 2, *h. t.*; *Ulp. fr.* 52, § 7, *pro soc.*; *Diocl. et Max. C.* 1, *eod.*), parce que souvent l'habileté, l'expérience d'une personne, sont aussi profitables à la société qu'un apport pécuniaire : *sæpe opera alicujus pro pecunia valet* (§ 2, *h. t.*).

PR.

1059. Notre texte reconnaît avec Caïus (3 *inst.* 148) deux espèces de société, dont l'une, dite *alicujus negociationis*, a pour objet l'achat et la vente d'un certain genre de marchandise, et par suite comprend les bénéfices et les pertes qui résultent exclusivement de ce commerce. (V. *Ulp. fr.* 52, § 5, *pro soc.*) La société dite *totorum bonorum* comprend au contraire tous les biens présens et à venir des associés; elle profite de ce qui leur est acquis (*Paul. fr.* 1, § 1, *eod.*) et de tout ce qu'ils acquièrent postérieurement, même par donation, par legs ou par succession (*Paul. fr.* 3, § 1; *fr.* 74; *Ulp. fr.* 52, § 16; *fr.* 74, *pro soc.*; V. § 4, *h. t.*); réciproquement elle supporte les obligations ou charges dont chaque associé est tenu (*Ulp. fr.* 73, § 1, *eod.*; *Pothier, pand. just. XVII, II,* 16 *et* 17), et les condamnations qu'il encourt, excepté lorsque ces acquisitions, dettes, condamnations ou pertes résultent d'une cause illicite, par exemple du jeu ou d'un délit. (*Ulp. fr.* 52, § 17 *et* 18, *fr.* 53; *Pompon. fr.* 54; *fr.* 59, § 1, *pro soc.*; voyez toutefois *Ulp. et Paul. fr.* 55, 56 *et* 57, *eod.*)

Ulpien (*fr.* 5, *pro soc.*) distingue encore la société *unius rei* (ou *alicujus rei; h. t.*), qui se restreint à un ou plusieurs objets spécialement déterminés (V. *Paul. fr.* 3, § 2; *Ulp. fr.* 52, § 6; *Diocl. et Max. C.* 2, *pro soc.*), et la société *vectigalis* que l'on contracte pour affermer les revenus publics. Lorsqu'on veut former une des quatre sociétés que nous venons d'énumérer, il faut désigner expressément celle que l'on préfère; autrement ceux qui s'associent purement et simplement, sans exprimer de quelle manière, sont présumés contracter une société d'acquêts, *universorum quæ ex quæstu veniunt* (*Ulp. fr.* 7, *eod.*) ou *lucri, quæstus, compendii.* (*Paul. fr.* 71, § 1, *eod.*) Cette cinquième espèce de société comprend, comme son nom l'indique, toutes les acquisitions que chaque partie fait par son industrie, son économie, son travail (*Paul. fr.* 8 *et* 13; *Ulp. fr.* 52, § 3, *pro soc.*), à l'exclusion des hérédités, legs et donations (*Ulp. fr.* 9 *et* 11; *Paul. fr.* 10; *fr.* 71, § 1, *pro soc.*; *Julian. fr.* 45, § 2, *de adq. vel omitt. her.*) : conséquemment aussi la société ne supporte d'autres dettes que celles dérivant *ex quæstu* (*Paul. fr.* 12, *pro soc.*), et par exemple des ventes, locations et autres opérations semblables, dont elle recueillerait le bénéfice. (*Ulp. fr.* 7, *eod.*)

§ I ET III.

1060. Les parties peuvent fixer, en s'associant, les parts respectives qu'elles prendront dans la société, et convenir, par exemple, que l'une d'elles aura les deux tiers, tant dans le bénéfice que dans la perte (§ 1, *h. t.*), ou, ce qui reviendrait au même, les deux tiers de la perte, sans parler du bénéfice, et réciproquement (§ 3, *h. t.*). Cette convention, dit notre texte, doit être suivie, et jamais on n'a douté de sa validité; cependant Ulpien (*fr.* 29, *pro soc.*) la restreint au cas où l'un des associés ferait, par son industrie ou de toute autre manière, un apport supérieur aux autres. Dans ce sens, la convention ne servirait qu'à proportionner le droit des associés à leur apport.

A défaut de convention particulière, les

pertes sont égales; et, suivant les anciens jurisconsultes (*Caius*, 3 *inst.* 150; *Ulp. d. fr.* 29, *pro soc.*), il n'existait, à cet égard, aucune difficulté: il n'en est pas de même entre les interprètes modernes. Les uns pensent qu'il s'agit ici d'une égalité absolue, les autres d'une égalité relative, d'après laquelle chaque associé aurait un intérêt proportionné à sa mise (V. *Vinnius, hic*). Cette égalité relative semble paralyser entièrement la faculté laissée aux associés, soit de fixer, en contractant, leurs portions respectives, soit d'en confier la fixation ultérieure à l'un d'eux ou à un tiers. En effet, dans le premier cas, la convention ne vaudrait que pour l'hypothèse d'apports inégaux (*Ulp. d. fr.* 29). Dans le second cas, l'associé ou le tiers arbitre, chargé de fixer les parts, ne doit pas les fixer arbitrairement, mais équitablement, en homme consciencieux (*boni viri arbitrio; Procul. et Paul. fr.* 76, 77, 78 *et* 79, *pro soc.*); et pour concilier le BONI VIRI ARBITRIUM avec l'inégalité des parts, il faut encore que l'un des associés ait apporté plus de valeurs, plus d'industrie ou de crédit que les autres (*Pompon. fr.* 6, *Procul. fr.* 80, *eod.*) Ainsi l'égalité de parts serait une conséquence inévitable de l'égalité d'apports, conséquence à laquelle les associés ne pourraient déroger ni par eux-mêmes ni par leurs arbitres. Le même principe, la même équité, BONI VIRI ARBITRIUM ne peuvent permettre, en cas d'apports inégaux, qu'une égalité proportionnelle ou relative; mais à quoi servirait de faire une convention expresse, de choisir un des associés ou un tiers arbitre, à quoi servirait d'établir une proportion si cette proportion, égalité relative, existait indépendamment de toute clause, en un mot, si l'égalité tacite dont parle notre texte n'était pas une égalité absolue.

Une autre décision semble trancher la question, du moins pour la société *totorum bonorum*. Elle peut exister, dit Ulpien (*fr.* 5, § 1, *pro soc.*), entre toutes personnes, malgré l'inégalité de leur fortune, parce que l'industrie du plus pauvre supplée ordinairement à l'insuffisance de son patrimoine. Certes l'inégalité de fortunes ne serait pas une objection, et le jurisconsulte ne chercherait pas une compensation dans l'industrie du moins riche si ce dernier n'était pas appelé à une égalité absolue. L'égalité proportionnelle du partage est une véritable inégalité qui compense celle des apports, et ne la laisse plus apercevoir.

§ II.

1061. Suivant Justinien (§ 1, *h. t.*), la convention de ceux qui s'associent pour des parts inégales a toujours été admise sans difficulté, lorsque la part de chaque associé reste la même dans le gain et dans la perte; mais la convention de partager les pertes dans une proportion et les bénéfices dans une proportion différente, a souffert quelque doute. Cependant on a reconnu qu'une semblable convention n'a rien d'inique, conséquemment que l'un des associés peut prendre part aux bénéfices sans être tenu d'aucune perte; et cela toujours par un motif d'équité distributive, en considération des grands avantages que l'industrie d'une personne procure souvent à ses associés, avantages qui peuvent même la dispenser de tout autre apport. (V. *text. hic; Caius,* 3 *inst.* 149, *Ulp. fr.* 29, § 1, *pro soc.*)

Observez toutefois que les clauses précédentes donneraient au contrat le caractère d'une société léonine, société sans effet, si les profits d'une opération devaient se calculer indépendamment des pertes essuyées sur une opération différente; mais on compense au contraire tous les gains avec toutes les pertes, la différence donne ou un bénéfice sans perte, ou une perte sans bénéfice, et c'est au résultat de cette opération que s'appliquent les conventions précédentes (*text., hic in fin.*; *Ulp. fr.* 29, § 2; *Paul. fr.* 30, *pro soc.*).

§ IV.

1062. La société qui unit l'intérêt des contractans unit aussi leurs personnes par les rapports nécessaires qu'elle établit entre eux. A cet égard ce contrat se rapproche des noces et du concubinat, associations toutes personnelles qui se forment par le consentement, durent par lui et avec lui, jusqu'au moment où finit le concours des volontés: alors le lien qui unissait les parties se dissout; il y a divorce ou séparation des conjoints (1). Pareillement, les associés

(1) *Caius, fr.* 2, *de divort. et repud.* Toutefois, la cessation de volonté qui résulte de la folie des deux

continuent de l'être tant qu'ils persévèrent *in eodem consensu* (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 151; *Diocl.* et *Max. C.* 5, *pro soc.*), et leur union se dissout lorsque telle est la nouvelle volonté de tous les associés (*Paul. fr.* 65, § 3, *pro soc.*), ou même la volonté d'un seul, puisque le dissentiment suffit pour qu'il n'y ait plus consentement; mais alors cette volonté doit être expressément notifiée aux autres contractans par une déclaration que les textes appellent *renuntiatio*. (*Ulp. fr.* 63, § 10; *Pompon. fr.* 18, *pro soc.*)

1063. A compter de ce moment les anciens associés n'ont plus ni pertes ni bénéfices communs à moins que le renonçant n'ait agi de mauvaise foi, dans la prévoyance et en considération d'un profit qu'il aurait voulu s'attribuer exclusivement. Tel est celui qui, s'étant associé pour acheter un objet déterminé, se retirerait pour l'acheter seul (*Paul. fr.* 65, § 4, *pro soc.*); tel est, dans la société *totorum bonorum*, celui qui, pour profiter seul d'une hérédité à lui déferée, retarde son adition et se hâte de dissoudre le contrat (*text. hic*). Son espoir ne doit pas être confirmé : si les bénéfices qu'il a captés se réalisent, il est tenu de les partager avec ses associés; dans le cas contraire, ceux-ci ne contribuent point aux pertes, par exemple, aux dettes d'une hérédité onéreuse (*Paul. fr.* 65, § 3, *pro soc.*); et quant aux profits qu'ils auraient faits depuis la renonciation, le renonçant n'y prend jamais aucune part (*text. hic, in fin.*; *Caius*, 3 *inst.* 151). En un mot, la renonciation frauduleuse dégage les associés du renonçant envers lui, mais ne dégage pas envers eux (1).

Il en est de même pour la renonciation intempestive, c'est-à-dire, lorsqu'un des associés se retire, soit avant le temps convenu (2), soit dans une circonstance où l'intérêt commun des associés serait de ne pas se séparer (*Paul. d. fr.* 65, § 5, *pro soc.*).

§ V et VII.

1064. Le choix d'un associé dépend de la confiance que font naître, pour tel ou tel individu (*certam personam*, § 5, *h. t.*), ses talens; son mérite, son industrie et ses qualités personnelles. Aussi la société ne continue-t-elle point, comme le louage (1057), avec les héritiers de mon associé, elle finit *cum alius ei succedit* (§ 7, *h. t.*), c'est-à-dire par son décès (§ 5, *h. t.*) et par la confiscation générale de ses biens (§ 7, *h. t.*; V. *Paul. d. fr.* 65, § 9 *et* 12, *pro. soc.*), ou, ce qui revient au même, par sa grande et sa moyenne diminution de tête (*Ulp. fr.* 63, § 10, *eod.*), puisque cette confiscation est une suite de la sentence qui enlève au condamné soit la liberté, soit le droit de cité (*Callistr. fr.* 1, *de bon. damn.*)

Celui qui prend plusieurs associés forme avec tous un contrat que peut-être il ne formerait pas avec chacun d'eux séparément ni même avec quelques uns d'eux : aussi la société qui perd un de ses membres finit, même entre les survivans, s'il n'a pas été fait d'avance une convention contraire (3); mais on conviendrait inutilement que la société continuera entre les survivans et l'héritier du prémourant (*Pompon. fr.* 59; *Ulp. fr.* 35, *pro soc.*), sans doute parce que l'héritier futur d'un homme vivant n'est qu'une personne incertaine.

L'héritier d'un associé n'est donc pas associé lui-même; néanmoins il succède aux bénéfices et aux pertes résultant des opérations antérieures à la dissolution. A cet

conjoints, ou de l'un d'eux, ne fait cesser ni les noces ni le concubinat. (*Ulp. fr.* 8, *de his qui sui*; *Paul. fr.* 2, *de concub.*) Leur dissolution exige une volonté nouvelle; il faut que l'un veuille se séparer, et cette volonté ne produit son effet, à l'égard des noces, que lorsqu'elle est exprimée avec les solennités requises. (V. *Ulp. fr.* 1, § 1, *unde vir. et ux.*; *Paul. fr.* 9, *de divort. et repud.*)

(1) Les conséquences que Caius (3 *inst.* 151), Paul (*d. fr.* 65, § 3) et Justinien (*text. hic*) tirent de ce principe peuvent paraître rigoureuses. Ne serait-il pas plus équitable que ceux à qui la renonciation frauduleuse est notifiée eussent le choix ou de dissoudre immédiatement la société, ou de la continuer malgré le renonçant, pour participer, dans ce cas, au bénéfice de ce dernier, mais en partageant avec lui ses pertes et leurs propres bénéfices?

(2) La société peut être contractée pour un temps limité (*Paul. fr.* 1, *pro soc.*); toutefois, il semble que l'expiration du terme, au lieu de dissoudre la société, permet seulement à chaque associé de se retirer, et alors la renonciation n'est jamais intempestive. (V. *Paul. d. fr.* 65, § 6, *eod.*) Peut-on s'associer conditionnellement? Justinien (*C.* 6, *pro soc.*) décide l'affirmative, en nous prévenant des doutes que cette question avait fait naître parmi les anciens jurisconsultes, doutes qui ne me paraissent pas suffisamment expliqués, même par Cujas (*ad fr.* 1, *h. t.*; *Paul.*, *lib.* 32, *ad edict.*).

(3) § 5, *h. t.*; *Paul. d. fr.* 65, § 9, *pro soc.* En est-il de même en cas de renonciation? Il y a du moins parité de motifs.

égard chaque associé transmet ses droits ou ses obligations, et l'action *pro socio* se donne à ses héritiers ou contre eux, comme on la donnerait au défunt ou contre lui, s'il avait survécu à la dissolution (1).

§ VIII.

1065. La mort et la diminution de tête ne sont pas les seuls cas où un associé, dépouillé de toute fortune, trouve des successeurs qui, sans le remplacer dans la société, participent au bénéfice des opérations antérieures. C'est ce qui arrive lorsque les créanciers font vendre tous les biens de leur débiteur, soit malgré lui (*Paul. fr.* 65, § 1, *pro soc.*), soit après l'abandon volontaire qu'il en aurait fait (*text. hic*).

Alors le contrat se dissout, mais une société nouvelle se formerait entre les mêmes individus, s'ils consentaient à rester associés avec celui qui, dépouillé de ses biens, peut encore apporter son industrie. La même observation s'applique aux personnes diminuées de tête. (V. *Caius*, 3 *inst.* 153.)

§ VI.

1066. Les sociétés limitées, soit à une opération, soit à une chose déterminée, finissent nécessairement lorsque leur but est rempli par la conclusion de l'opération (*text. hic*), et lorsqu'elles restent sans objet par la perte de la chose. (*Paul. fr.* 65, § 10, *pro soc.*)

§ IX.

1067. Les obligations réciproques des associés donnent lieu à une action dite *pro socio* (*text. hic*; *Ulp. fr.* 3 *et* 32; *fr.* 63, § 5, 8 *et* 9, *pro soc.*), qui s'intente quelquefois durant la société, mais plus communément lorsqu'elle est dissoute, ou même pour la dissoudre (V. *Paul. fr.* 65, *pr. et* § 15, *eod.*), en exigeant la liquidation des comptes respectifs, le paiement de ce qui reste dû et la réparation du dommage causé à la société par le dol ou par la faute du défendeur (*text. hic*; *Caius, fr.* 72; *Pompon., fr.* 59, § 1, *pro soc.*).

A cette occasion, j'aborderai ici une question très difficile, et par cela même très controversée (2); j'essaierai de dire quelle est, d'après la nature des différentes obligations *bonæ fidei*, la responsabilité que chacune d'elles impose.

1068. Le tort que l'une des parties a causé par son dol, c'est-à-dire sciemment et à dessein de nuire, doit toujours être réparé. Réciproquement personne ne répond des événemens qui arrivent par cas fortuit ou force majeure indépendamment de sa faute (*Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.*), c'est-à-dire de sa négligence (*text. hic*). On est donc toujours responsable de son dol et quelquefois de sa faute; la faute elle-même ne s'apprécie pas dans tous les cas de la même manière. Quelquefois, par exemple, entre associés, la faute consiste dans l'omission du soin que l'on a coutume d'apporter à ses propres affaires; mais ce soin suffit, et l'associé n'est pas coupable de n'en avoir pas donné davantage (*text. hic*; *Caius, fr.* 72, *pro soc.*). Il en est autrement du commodataire (§ 2, *quib. mod. re contr.*) et du gérant (§ 1, *de obl. quasi ex contr.*): le soin habituel que chacun d'eux met à sa propre chose ne suffit plus, du moins quand il est possible de citer des personnes plus diligentes qui auraient conservé ce que le commodataire a laissé périr (*si modo alius diligentior poterat rem custodire*; § 2, *quib. mod. re cont.*), ou administré plus utilement que le gérant (*si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia*; § 1, *de obl. quasi ex contr.*). En effet, lorsqu'un homme est aussi exact, aussi diligent que tout autre, on ne peut rien exiger de plus : dans le cas contraire, le *negotiorum gestor* et l'emprunteur, négligens pour eux-mêmes, ne le seraient pas impunément pour autrui. Ici la faute consiste à ne pas avoir un soin égal à celui des plus diligens.

(1) *Ulp. fr.* 63, § 8, *pro soc.*, *fr.* 35; *Paul. fr.* 36, *eod.*; *Diocl. et Max. C.* 3, *eod.* La société dite *vectigalis* se continue malgré la mort de l'un des associés, du moins en ce sens que l'héritier participe aux bénéfices et pertes même postérieurs. Cependant il n'est pas associé des survivans, à moins que les contractans n'en soient convenus d'avance. (*Ulp. d. fr.* 63, § 8.) Cette convention est susceptible ici d'un effet qu'elle n'aurait pas dans toute autre association. (*Pompon. fr.* 59, *eod.*)

(2) Consultez, sur cette matière, Doneau (*Donellus comment. jur. civ. XVI*, 7), Coccéius (*exercit. curios.*, p. 58), Thomasius (*de us. pract. doct. de culpar. præstat. in contract.*), Lebrun (*essai sur la prestat. des fautes*), et M. Hasse (*die culpa des roemischen rechts*). Tous combattent le système des trois fautes, admis par Vinnius, Pothier et beaucoup d'autres interprètes.

Voici donc deux sortes de faute, l'une relative aux qualités, aux habitudes individuelles dont l'autre est indépendante ; et de là vient la distinction de quelques interprètes entre la faute considérée *in concreto* et la faute considérée *in abstracto*. (V. *Heineccius, elem. jur.* 787 *in not.*) Ces expressions ne se rencontrent pas dans les textes ; mais on y oppose souvent la faute grave, *culpa lata* ou *latior*, à la faute légère, *culpa levis*, et cette distinction cadre exactement, selon moi, avec la précédente (1).

Les jurisconsultes romains ne se servent pas tous des mêmes locutions, ou ne les emploient pas toujours dans le même sens. Ulpien, par exemple, prend souvent le mot *culpa* dans l'acception que Caïus (*fr.* 72, *pro soc.*) et notre texte lui donnent relativement à la responsabilité des associés, responsabilité pour laquelle *culpa ad exactissimam diligentiam dirigenda non est* : dans ce sens, qui est celui de la faute grave, ou faute considérée *in concreto*, Ulpien commence habituellement par annoncer que certains contrats obligent à répondre du dol seulement, le plus grand nombre du dol et de la faute ; et comme, dans ce nombre, plusieurs obligations imposent une responsabilité plus étroite encore, Ulpien la désigne par le mot DILIGENTIA (2), qu'il emploie notamment en parlant du commodataire et du *negotiorum gestor*, c'est-à-dire, comme nous l'avons vu, de ceux qui, tenus pour autrui de plus de soin qu'ils n'en ont pour eux-mêmes, répondent de la faute légère ou faute *in abstracto*.

1069. Cette synonymie établie, voyons sur quel principe repose la distinction des obligations qui nous astreignent à répondre, les unes du dol seulement, les autres du dol et d'une faute quelconque. Le dépositaire n'est tenu que de son dol (§ 3, *quib. mod. re contrah.*), et plusieurs jurisconsultes voulaient qu'il en fût de même des associés ; l'opinion contraire a prévalu : on les a déclarés responsables du dol et de la faute (*text. hic*). En effet le dépositaire qui rend un service gratuit diffère essentiellement des personnes à qui d'autres contrats présentent un avantage, une utilité quelconque. Ces derniers sont toujours responsables de la faute ; le dépositaire répond uniquement du dol (§ 17, *de oblig. quæ ex del.; Ulp. d. fr.* 5, § 2, *commod. fr.* 23, *de reg. jur.*).

Ce point fixé, d'autres doutes se sont élevés : on a prétendu que la faute grave devait être assimilée au dol, qu'il y a manque de bonne foi dans la négligence même lorsqu'on donne à la chose d'autrui moins de soins qu'à la sienne. (*Cels. fr.* 32, *depos.*) Ce système a aussi prévalu (*Caius, fr.* 1, § 5 *in fin., de obl. et act.*; V. *Ulp. fr.* 8, § 3, *de precar.*), et dès lors la négligence que l'on imputait aux associés comme une faute s'est trouvée imputable au dépositaire, non comme faute, mais comme dol : la distinction que notre texte établit entre le dépôt et la société a subsisté en principe (*text. hic*; § 3, *quib. mod. re contr.*; § 17, *de obl. quæ ex del.*; *Caius, d. fr.* 1, § 5, *Ulp. fr.* 5, § 2, *commod.*; *fr.* 23, *de reg. jur.*), sans aucune différence dans les résultats ; ainsi nul ne peut dans aucun contrat éviter la responsabilité du dol et de la faute, c'est-à-dire de la faute grave.

1070. Les associés ne sont pas tenus de la faute légère : la raison en serait, d'après notre texte, que le choix d'un associé négligent suppose une imprudence que l'on ne doit imputer qu'à soi-même, et cependant la même décision s'applique entre cohéritiers et entre colégataires qui ne se choisissent pas. Le soin que chacun d'eux met habituellement à ses propres affaires

(1) En effet, d'après Celse (*fr.* 32, *depos.*), la faute grave consiste à ne pas se montrer diligent *ad suum modum*, en donnant aux affaires d'autrui moins de soins qu'aux siennes, *minorem quam suis rebus diligentiam*. D'un autre côté, Dioclétien et Maximien opposent le *negotiorum gestor* au tuteur (*C.* 20, *de negot. gest.*) ; ce dernier doit aux affaires du pupille le même soin qu'aux siennes (*Ulp. fr.* 1, *de tut. et rat. distr.*), c'est-à-dire qu'il est tenu de la faute grave *latam negligentiam* (*Ulp. fr.* 7, § 2, *de admin. et peric.*; *V.* l'explication du § 2 *de obl. quasi ex contr.*). Le gérant, au contraire, est tenu non-seulement de la faute grave, mais aussi de la faute légère (*d. C.* 20, *de negot. gest.*) ; n'est-ce pas dire en d'autres termes que les soins habituels du gérant pour ses propres affaires sont insuffisans pour celles d'autrui, lorsqu'il n'est pas aussi diligent que tout autre. Si les empereurs Dioclétien et Maximien ont voulu exprimer autre chose, leur constitution ne s'accorde plus avec les Institutes (§ 1, *de obl. quasi ex contr.*).

(2) CULPAM PRÆSTANDAM ET DILIGENTIAM (*fr.* 5, § 2, *commod.*), DOLUM ET CULPAM... IN RIS ET DILIGENTIAM (*fr.* 23, *de reg. jur.*). Souvent on y joint, sans en changer le sens, les épithètes *exacta* ou *exactissima* ; ainsi, par exemple, DILIGENTIA dans Ulpien (*d. fr.* 5, § 2, *commod.*) signifie seul ce que signifient EXACTA ou EXACTISSIMA DILIGENTIA dans Caius (§ 2, *quib. mod. re contr.*; *fr.* 1, § 4, *de obl. et act.*; V. § 4, *quib. mod. re contr.*; § 1, *de obl. quasi ex contr.*).

suffit pour la chose commune, précisément parce que cette chose étant à lui, du moins pour partie, il est naturellement appelé à la gérer (*Paul. fr.* 25, § 16, *famil. ercisc.*), et même à la gérer comme sienne. On en peut dire autant des associés, et à plus forte raison des propriétaires qui ne le sont que momentanément, comme le mari relativement aux biens dotaux, et l'héritier relativement aux biens héréditaires qu'un fidéicommis l'oblige de restituer. Ils doivent à ces biens le même soin qu'ils donnent à leurs propres affaires, mais rien de plus; en d'autres termes, ils ne sont tenus que de la faute grave. (*Ulp.* 24, § 5, *solut. matr.*; *fr.* 22, § 3, *ad sc. trebel.*)

Ou est plus exigeaut dans les autres obligations : la responsabilité de la faute légère y devient une règle générale (V. *Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.*), dont l'application ne dérive cependant pas d'un principe unique. On l'applique au *negotiorum gestor* (§ 1, *de obl. quasi ex contr.*) par un motif contraire à celui qui diminue la responsabilité des associés et des cohéritiers. En effet, il n'a point comme eux *causam gerendi*; il administre spontanément sans y être appelé par aucun motif, et c'est déjà une faute de s'immiscer comme il le fait dans les affaires d'autrui. (*Pompon. fr.* 36, *de reg. jur.*) La même raison ne s'applique pas directement au mandataire; néanmoins il est soumis à la même responsabilité (1), et cela suivant quelques interprètes, parce que le mandat est rarement proposé à ceux que l'on ne saurait pas d'avance disposés à s'en charger. Ainsi le mandataire serait, en quelque sorte, présumé s'offrir au mandat : or, il est certain que l'obligation à laquelle on s'offre devient par cela même plus rigoureuse. Ulpien (*fr.* 1, § 35, *depos.*) nous en donne un exemple dans le dépositaire *qui se obtulit deposito.*

Le vendeur qui n'a pas encore fait la tradition (*Paul. fr.* 36, *de action. empt.*; *fr.* 18, § 9, *de damn. infect.*), le créancier qui reçoit un gage (§ 4, *quib. mod. re contr.*; *fr.* 13, § 1, *de pigner. act.*), le locataire qui détient la chose louée (§ 5, *de locat.*; *Caius, fr.* 25, § 7, *locat. cond.*), sont tenus du dol et de la faute, parce que leur obligation n'est pas entièrement désintéressée comme celle du dépositaire (*Ulp. fr.* 5, § 2, *commod.*); et parce qu'ils n'ont rien à craindre des cas fortuits que les associés, les cohéritiers et autres copropriétaires supportent en commun, le vendeur, le locataire et le créancier nanti du gage, répondent en outre de la faute légère, c'est-à-dire du défaut de diligence. (*Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.*) Il en est de même, à plus forte raison, du commodataire qui recueille tous les avantages du contrat. (*Ulp. fr.* 5, § 2, *commod.*; *d. fr.* 23, *de reg. jur.*)

1070. Jusqu'ici nous avons distingué la faute grave qui s'apprécie *in concreto*, et la faute légère considérée *in abstracto*; plus tard, lorsque nous traiterons des délits, de la loi *Aquilia*, du dommage causé par un fait répréhensible, et de l'obligation qui en résulte (*liv.* 4, *tit.* 3), nous parlerons d'une autre faute qu'un texte appelle très-légère (*levissima*; *Ulp. fr.* 44, *ad leg. aquil.*), faute dont il n'est pas question dans la matière qui nous occupe. Néanmoins, et quoiqu'il importe de ne pas confondre l'obligation résultant d'un contrat avec l'obligation produite par un délit (§ 2, *de pœn. tem. lit.*), on s'est emparé de la faute très légère pour la joindre en troisième ordre aux deux fautes dont nous avons parlé; ensuite, et par une distribution trop symétrique peut-être pour être parfaitement vraie, on a opposé les obligations dont l'une des parties se charge gratuitement, comme dans le dépôt, aux obligations qui lui procurent un avantage exclusif, comme dans le commodat : la responsabilité des premières a été limitée par les interprètes aux fautes graves; la responsabilité des secondes, étendue jusqu'aux fautes très légères, tandis qu'entre ces deux extrêmes la faute légère est restée comme un terme moyen pour tous les contrats qui offrent aux parties un avantage respectif, comme la vente, le gage, la société, etc. *V.* Vinnius, sur le § 2, *quib. mod. re contr.*

Pour accorder ce système avec les textes, on invoque les superlatifs *diligentissimus paterfamilias*, ou *exactissima diligentia*, et lorsqu'on les trouve appliqués au commodataire (V. *Caius, fr.* 18, *commod.*; *fr.* 1, § 4, *de obl. et act.*), ou en conclut victorieusement qu'il est tenu de la faute très

(1) V. *Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.*; *Diocl. et Max. C.* 13, *mandat.*; *Constant. C.* 21, *eod.* Toutefois deux textes d'Ulpien (*fr.* 8, § 10; *fr.* 10, *eod.*) semblent restreindre la responsabilité du mandataire au dol et à la faute grave. (V. *Diocl. et Max. C.* 11, *eod. Voyez* Vinnius sur le § 11 *de mandat.*, n° 2.)

légère; mais bientôt les mêmes superlatifs se représentent dans des textes relatifs au louage et à d'autres contrats semblables (§ 5, *de locat. cond.*), et le positif *exacta diligentia* semble reproduire dans les institutes (§ 2 *et* 4, *quib. mod. re contr.*) la similitude du commodat et du gage : alors on déclare que le superlatif est employé abusivement pour le positif, et réciproquement. (V. *Vinnius, ibid.* nº 13.) Ainsi les expressions du texte sont appréciées daos l'intérêt du système qu'elles confirment ou qu'elles détruisent. Dans le premier cas, on invoque leur exactitude : dans le second, on les déclare inexactes ; et néanmoins cette ressource ne suffit pas encore pour expliquer les décisions qui assimilent le commodat au gage (*Ulp. fr.* 13, § 1, *de pigner. act.*; *fr.* 23, *de reg. jur.*; *Paul. fr.* 5, *de peric. et commod.*), ni celles qui déterminent ls responsabilité du *negotiorum gestor* et du mandataire dans une administration gratuite (V. § 1, *de oblig. quasi ex cont.*; *Diocl. et Max. C.* 7, *arbitr. tut.*; *C.* 18, *mand.*). Il faut nécessairement admettre des exceptioos, et alors elles deviennent trop nombreuses pour ne pas anéantir la règle.

D'un autre côté, ce système confood la société avec la vente, le louage et autres contrats où chacune des parties trouve un avantage respectif; il établit pour tous la même responsabilité, ce qui conduirait à dire, en dépit des textes, que les soins habituels du vendeur dans ses propres affaires suffisent pour la chose vendue, comme ceux de l'associé suffisent aux affaires sociales (*text. hic, Caius, fr.* 72, *pro soc.*); ou, au contraire, que ces mêmes soins ne suffisent pas à l'associé, puisqu'ils ne suffisent pas au vendeur. (*Paul. d. fr.* 3, *de pericul.*)

Toutefois, le système des trois fautes s'appuie sur quelques textes; voyons quel en est le véritable sens.

1071. Justinien (§ 4, *quib. mod. re contr.*) examine quels soins le créancier doit à la chose par lui reçue en gage; il suffira (*placuit sufficere*) d'y apporter *exactam diligentiam*, et cela, dit-il, parce que le gage est un contrat où le débiteur et le créancier trouvent chacun leur avantage. De ce raisonnement oo veut conclure *a contrario* que l'*exacta diligentia* ne suffirait plus au créancier, s'il recueillait seul tous les avantages du contrat, et conséquemment qu'elle ne suffit pas au commodataire; que dès lors ce dernier est tenu d'un soin dont ou dispense le créancier gagiste, soin dont l'omission constituerait la faute très-légère : mais telle n'est pas la conclusion du texte. En effet, la responsabilité dont il décharge le créancier n'est pas celle d'un soin, d'une négligence ou d'une faute quelconque : c'est la responsabilité des cas fortuits (*d.* § 4, *in fin.*, V. *Paul. fr.* 30, *de pign. act.*; *Sever. et Anton. C.* 6, *eod.*). Dans ce sens, le créancier gagiste ne diffère plus du commodataire, qui doit aussi *exactam diligentiam*, mais ne supporte point les cas fortuits (1).

(1) § 2, *quib. mod. re contr.*; V. *Ulp. fr.* 13, § 1, *de pigner. act.* Un autre texte semble établir plus fortement encore la dictinction que je combats, et par laquelle on veut opposer le commodat au gage et aux autres contrats d'où il résulte pour tous les contractans un avantage réciproque. En effet, après avoir parlé des commodats les plus fréquens, ceux dont le commodataire a seul toute l'utilité, et après avoir décidé que celui-ci doit alors se montrer *diligentissimus pater familias*, Caius (*fr.* 18, *commod.*) suppose un commodat profitant aux deux parties, dont l'une reçoit l'argenterie de l'autre pour un repas qu'il s'agit d'offrir à un ami commun; et dans ce cas, par opposition au cas précédent, Caius exige pour l'argenterie prêtée le même soin qu'on exige du mari pour les biens dotaux, et pour les choses données en gage, *in rebus pignor datis et dotalibus*. On aperçoit facilement toute la différence que cette similitude exceptionnelle établirait entre le gage et le commodat ordinaire, différence qui devient un argument fondamental pour le système des trois fautes; mais ce n'est pas seulement à l'objet du gage que l'on compare ici l'argenterie prêtée; on la compare également aux choses dotales. Or, relativement aux biens dotaux, la responsabilité du mari diffère essentiellement de la responsabilité du créancier gagiste, et se confond au contraire avec celle des associés. C'est une sorte de société, en effet, qui se forme entre le prêteur et l'emprunteur : aussi Caius (*d. fr.* 18, *commod.*) raisonne-t-il sur ce commodat comme il a raisonné sur la société (*text. hic*; *fr.* 72, *pro soc.*), en rejetant l'opinion de plusieurs autres jurisconsultes. Ceux-ci voulaient que l'on répondît uniquement de son dol; Caius décide que l'on repondra aussi de la faute; mais pour ne pas tomber d'une extrémité dans une autre, il explique aussitôt que la faute dont il entend parler est celle dont le mari serait tenu relativement aux biens dotaux. Ainsi, dans ce cas, les soins du commodataire se régleront, comme ceux du mari et ceux de l'associé, sur les soins qu'il donne habituellement à ses propres affaires (*text. hic*, *Ulp. fr.* 24, § 5, *solut. matr.*), c'est-à-dire qu'il est tenu seulement de la faute grave (1070), de la faute *proxima dolo*, et dans ce sens Caius ne s'éloignerait que très-peu des autres jurisconsultes dont il n'admet pas la décision. Mais pourquoi, dans ce sens, assimiler les choses dotales aux choses données en gage? A cet égard, je ferai observer qu'il existait du temps de Caius une sorte de gage qui donnait au créancier une propriété semblable à celle du mari, et lui imposait, selon toute vraisemblance, la même responsabilité. Cette espèce de gage se nommait *fiducia* (972) : Caius (*d. fr.* 18, *commod.*) a pu

1072. Ulpien (*fr.* 5, § 2, *commod.*) examine quelle doit être la responsabilité du commodataire, et à cette occasion il oppose le dépôt à d'autres contrats tels que la vente, le louage, la constitution dotale, le gage et la société. Le dépositaire s'oblige gratuitement, aussi ne répond-il que de son dol; les autres contrats se forment pour l'avantage respectif de toutes les parties, alors on répond du dol et de la faute. Quant au commodat, les avantages en sont tous pour le commodataire, et conséquemment on exige qu'il se montre diligent, *et culpam præstandam et diligentiam.*

Ulpien, dans ces derniers mots, veut-il séparer le commodat de tous les contrats précédemment énumérés? le commodataire est-il le seul dont on puisse exiger *diligentiam?* le système des trois fautes devrait répondre affirmativement; mais il serait démenti par les décisions qui tantôt soumettent le vendeur à cette diligence (*Paul. fr.* 36, *de action. empt.*; *Procul. fr.* 68, *de contrah. empt.*). et même à toute la diligence possible (*Paul. fr.* 18, § 9, *de damn. infect.*), tantôt assimilent le commodataire au vendeur (*Paul. fr.* 3, *de pericul.*) et au créancier gagiste (*Ulp. fr.* 13, § 1, *de pigner. act.*). Ulpien (*d. fr.* 5, § 2) s'est donc expliqué d'une manière incomplète, ou, pour mieux dire, il ne s'est expliqué que sur un seul contrat; il a précisé la responsabilité du commodataire, parce que le texte dont il s'agit est spécialement consacré au commodat. Ulpien ne s'occupe des autres contrats que par occasion, et toutefois il établit entre eux une distinction très réelle. En effet le dépositaire qui s'oblige gratuitement sans aucun intérêt ne répond que de son dol; les personnes dont l'obligation n'est pas sans avantage encourent une responsabilité plus forte: cette règle s'applique incontestablement dans les contrats qui profitent aux différentes parties; les obligations qui en résultent ne sont jamais désintéressées: aussi le vendeur, le locataire, le mari, le créancier gagiste et les associés ne sont-ils pas tenus seulement du dol; ils répondent tous de la faute; mais Ulpien ne dit pas de quelle faute, parce que sur ce point il n'existe plus de règle générale: le mari et l'associé sont tenus de la faute proprement dite, faute grave ou faute *in concreto* (1068, 1070), tandis que le vendeur, le locataire et le créancier gagiste sont tenus de la faute légère ou faute *in abstracto*. Quant au commodataire, il trouve dans l'obligation qu'il contracte un avantage, et même un avantage exclusif; c'est une raison décisive pour qu'il soit tenu de la faute grave, comme le mari et l'associé, et même de la faute légère, comme le vendeur et le locataire. Ce qu'on décide pour ces derniers, on le décide à plus forte raison pour le commodataire en exigeant de lui *culpam... et diligentiam.* Ulpien (*d. fr.* 5, § 2, *commod.*) n'établit donc pas trois degrés de faute. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner un autre texte (*fr.* 23, *de reg. jur.*) où le même jurisconsulte distingue les obligations qui n'imposent d'autre responsabilité que celle du dol, et celles qui astreignent à répondre en outre de la faute. Ces derniers se divisent en deux classes. La première comprend le mandat, le commodat, la vente, le gage, etc.; et pour expliquer de quelle faute on est tenu dans ces différens cas, Ulpien ajoute *in his et diligentiam*. La société et la communauté qui viennent dans la seconde classe obligent à répondre du dol et de la faute; et là Ulpien ne parle plus de la diligence.

1073. En résumé, il faut distinguer, 1° si la personne qui reçoit ou garde une chose pour la rendre, s'oblige gratuitement ou pour un avantage quelconque. Dans le premier cas, elle est tenue seulement du dol; dans le second, elle est toujours tenue de la faute (1). Lorsqu'on veut savoir de quelle faute, il est encore utile de distinguer, 2° si l'obligation est compensée par un avantage mutuel, comme dans le gage et dans la société, ou par un avantage exclusif, comme dans le commodat. L'avantage réciproque oblige à répondre quelquefois de la faute grave, le plus souvent de la faute légère. L'avantage exclusif oblige toujours à répondre de cette dernière faute, et dès lors il établit une différence réelle entre le commodat et la société; mais cette différence disparaît dès que l'on

écrire *rebus* FIDUCIÆ *datis*, et dans ce cas, le rédacteur des Pandectes a dû supprimer le nom d'un contrat tombé en désuétude; une correction qui se présente d'elle-même aura dicté *rebus* PIGNORI *datis*.

(1) *V.* Africain (*fr.* 108, § 12, *de legat.* 1°) et Ulpien (*fr.* 5, § 2, *commod.*). Voyez aussi un fragment de Modestinus dans la collation mosaïque, titre du dépôt. Le même fragment se trouve dans la première partie du *Juris civilis ecloga*.

compare le commodataire au vendeur, au locataire, au créancier gagiste, etc. En effet, lorsqu'une personne répond de la faute légère, il importe peu que l'obligation lui procure un avantage mutuel ou exclusif; cette dernière circonstance n'ajoute rien à la responsabilité. (V. *Papin. fr.* 17, § 2, *de præscript. verb.*) Enfin l'on abuse de l'une et de l'autre distinctions, lorsqu'on en conclut que les obligations formées dans un intérêt réciproque imposent toutes la même responsabilité, et toutes une responsabilité moins étendue que les obligations formées dans l'intérêt exclusif de l'obligé.

Un point constant dans une matière si controversée, c'est que les contractans peuvent étendre ou restreindre à leur gré la responsabilité qui devra résulter du contrat. Les règles précédentes s'appliquent seulement à défaut de convention, du moins quant aux fautes; car, pour le dol, nul ne peut convenir qu'il n'en sera pas tenu. (*Ulp. fr.* 23 *de reg. jur.*)

TITRE XXVI.

DU MANDAT.

1074. Le mandat n'est, à proprement parler, qu'une mission ou commission gratuite (V. § 13, *h. t.*) dont l'acceptation, soit expresse, soit tacite, forme un contrat, et par suite donne naissance à des obligations respectives d'où résulte une action dite *mandati* (*pr.*, § 6, 8, 10 *et* 11, *h. t.*), directe ou *contraria*, selon qu'elle est exercée par le mandant contre le mandataire, ou par le mandataire contre le mandant. (V. § 2, *de pœn. tem. lit.*; *Ulp. fr.* 12, § 7 *et* 9, *mandat.*)

L'action directe s'exerce contre le mandataire pour la réparation du tort que fait éprouver au mandant l'inexécution du mandat (*Paul. fr.* 5, § 1, *mandat.*; *Alex. C.* 5; *Diocl. et Max. C.* 16, *eod.*; V. § 11, *h. t.*), ou sa mauvaise exécution (V. *Diocl. et Max. C.* 9, *mandat.*; *Ulp. fr.* 8, § 1; *fr.* 42, *eod.*); et, lorsque le mandat a été bien et fidèlement rempli, le mandataire, qui ne doit rien retenir en cette qualité (*Paul. fr.* 20, *eod.*), est encore contraint à remettre tout ce qu'il a reçu ou acquis par suite du mandat. (*Ulp. fr.* 8, § 10, *mandat.*; V. *Paul. fr.* 13, § 2, *de usurp.*) Il doit donc aussi céder les actions qui lui seraient acquises contre des tiers (*Ulp. fr.* 43; *fr.* 10, § 6; *fr.* 8, § 10, *mandat.*; *Paul. fr.* 59, *eod.*), par exemple, contre ceux auxquels il aurait été chargé de prêter. (V. § 5 *et* 6, *h. t.*)

Réciproquement, l'action *contraria* s'exerce contre le mandant pour le contraindre à recevoir les choses acquises par le mandataire, à en rembourser le prix, et, en général, à rendre tout ce que le mandataire a payé ou dépensé (§ 6, *de fidej. Ulp. fr.* 12, § 9, *mandat.*); en un mot, tout ce que lui a coûté l'exécution du mandat. (*Paul. fr.* 45, § 6; *fr.* 26, § 7, *eod.*; V. 1025.) Enfin, le mandataire qui, au lieu de payer, a contracté des obligations dont il reste débiteur, peut agir contre le mandant, pour que ce dernier satisfasse les créanciers ou garantisse le mandataire contre leurs actions (1).

§ VII ET XII.

1075. Le mandat peut être pur et simple; conditionnel ou à terme (2), pourvu qu'il ne soit jamais contraire aux mœurs (§ 7, *h. t.*). A cet égard, il en est du mandat comme de la société, et de tout autre contrat formé

(1) *Paul. fr.* 45, *pr. et* § 2, *mandat.* Le fidéjusseur qui s'oblige en exécution du mandat donné par le débiteur principal, ne peut exercer l'action *mandati* contre ce dernier qu'après avoir payé ou après avoir été condamné à payer le créancier. (*Gordian. fr.* 6, *mand.*; V. *Scævol. fr.* 45, *de fidej.*) Telle est du moins la règle générale. (V. *Marcel. fr.* 38, § 1, *mand.*)

(2) Le mandat qui ne doit s'exécuter qu'après la mort du mandataire n'était pas valable, parce qu'en général les héritiers ne pouvaient ni poursuivre ni être poursuivis par une action qui n'aurait pu être exercée ni par le défunt ni contre lui (1015; *Caius*, 3 *inst.* 158). La même raison s'appliquait sans doute aux héritiers du mandant. Néanmoins, Ulpien (*fr.* 12, § 17 *mand.*) et Caius (*fr.* 13; *fr.* 27, § 1, *eod.*) décident que je puis charger une personne d'affranchir après ma mort un esclave dont je lui transfère actuellement la propriété, de me construire un tombeau ou de faire une acquisition pour mes héritiers, le tout *post mortem meam*; mais Caius et Ulpien nous avertissent en même temps que dans ces différens cas je puis, de mon vivant, agir contre mon mandataire pour reprendre l'esclave ou être poursuivi par mon mandataire, par exemple, s'il a fait quelque dépense pour se préparer à l'exécution du mandat. De semblables exemples ne forment donc pas exception à la règle. Voyez ce qu'on a dit précédemment (1016) des adstipulateurs.

dans un but illicite (1059; V. § 24, *de inutil. stipul.*), par exemple, pour commettre ou engager à commettre un délit quelconque. Il ne produit aucune obligation, aucune action entre les contractans (*Caius, fr.* 35, § 2, *de contrah. empt.*), lors même que le délit commis par l'un d'eux donnerait lieu contre ce dernier à des condamnations pénales. Celui qui les a encourues n'a aucune indemnité à réclamer (§ 7, *in fin. h. t.*; *Paul. fr.* 22, § 6, *mandat.*; *Ulp. fr.* 1, § 14, *de tut. et rat. distr.*).

§ XIII.

1076. Le mandat, gratuit comme le dépôt et le commodat, se change comme eux en un louage, quand les services d'une partie sont ou doivent être rétribués par l'autre (*text. hic*; § 2, *quib. mod. re contr.*), pourvu toutefois que les services dont il s'agit soient susceptibles d'être appréciés et payés, comme le travail des ouvriers que notre texte prend pour exemple. Il existe en effet beaucoup d'autres cas où l'on prête son ministère à une personne, en faisant pour elle des choses inappréciables par leur nature, des choses qui ne peuvent devenir l'objet d'un louage, et dont l'exécution, lors même qu'elle n'est pas entièrement gratuite, conserve toujours le caractère d'un bon office, qui ne se paie pas, mais auquel on accorde une reconnaissance rémunératoire (*Ulp. fr.* 1, *si mens. fals. mod.*; V. *Paul. fr.* 5, § 2 *et* 4, *de præscr. verb.*) C'est à ce titre que les avocats et les médecins, etc., reçoivent des honoraires (*Ulp. fr.* 1, § 10, *de extraord. cognit.*), qui peuvent aussi appartenir au mandataire, lorsqu'ils ont été déterminés par une convention expresse. (V. *Paul. fr.* 56, § 3, *mandat.*; *Diocl. et Max. C.* 17, *eod.*)

Les honoraires dont nous parlons ne dénaturent point le mandat (*Ulp. fr.* 6, *mand.*), et cependant celui qui les réclame n'obtient à cet égard ni l'action *mandati*, ni aucune autre action. C'est un des cas sur lesquels le magistrat statue *extra ordinem*, sans donner ni juge, ni action. (V. *Papin. fr.* 7, *eod.*; *Sever. et Ant. C.* 1, *eod.*, *Ulp. fr.* 1, *pr.*, § 1 *et seqq.*, *de extraord. cogn.*).

§ I et IV.

1077. En distinguant les personnes pour l'avantage de qui le mandat serait donné, Justinien (*pr.*, *h. t.*) établit d'après Caïus (*fr.* 2, *h. t.*) une division sextuple qui n'offre aucune difficulté. Les exemples du texte font suffisamment connaître les mandats contractés pour l'avantage, soit du mandant seul (§ 1, *h. t.*), soit du mandant et d'une tierce personne (§ 4, *h. t.*). Quatre autres cas restent à expliquer (V. § 2, 3 *et* 6.)

§ II.

1078. Nous avons ici trois exemples du mandat contracté pour l'avantage réciproque du mandant et du mandataire. Le premier ne souffre aucune difficulté. Le second suppose un créancier sur le point d'agir *ex fidejussoria causa*, c'est-à-dire contre un fidéjusseur. Ce créancier peut, ainsi que nous l'avons vu, poursuivre à son choix le débiteur principal ou le fidéjusseur; mais il n'a que le choix : s'il attaque le fidéjusseur, il aura par cela même libéré le principal obligé, et réciproquement (1025). Aussi le créancier n'a-t-il pas encore agi; il est seulement dans l'intention d'agir (*volente te agere*); il a encore le choix; il peut changer d'intention, et s'adresser de préférence au débiteur principal, et c'est en effet ce dernier que le créancier poursuit, mais aux risques et périls du fidéjusseur (*periculo mandantis*) qui le lui a mandé. Dans ce cas, la fidéjussion est éteinte (1), toutefois le mandat subsiste, et si le débiteur ne remplit pas entièrement son obligation, le créancier agira par l'action *mandati* contre le fidéjusseur qui a cessé de l'être (V. *Paul. fr.* 45, § 8, *mand.*; *fr.* 22, § 2, *eod.*). Ainsi le mandant se soustrait, du moins pour un temps, à la nécessité de payer la dette d'autrui; et le créancier mandataire acquiert, par un nouveau contrat, la faculté de poursuivre successivement deux personnes au lieu d'une. (V. *Vinnius, hic.*)

(1) Une constitution de Justinien (*C.* 28, *de fidej.*) portée en 531, deux ans avant la promulgation des Institutes, avait déjà établi que le créancier ne serait pas réduit à un simple choix; que l'action par lui intentée contre l'un des fidéjusseurs ne libérerait ni les autres fidéjusseurs, ni le débiteur principal, et réciproquement. Cependant le texte des Institutes se réfère nécessairement au principe abrogé par cette constitution.

Les mêmes avantages se présentent avec la même réciprocité dans le troisième exemple de notre texte. En effet, votre débiteur vous délègue jusqu'à due concurrence (*in id quod tibi debuerat*) les droits qu'il a sur un tiers; et alors le débiteur de votre débiteur, le délégué s'oblige envers vous par une stipulation (*stipuleris ab eo*) qui opère novation et libère votre premier débiteur. Toutefois vous ne stipulez pas spontanément : ici, comme dans l'exemple précédent, il existe un mandat, et le créancier qui l'a reçu l'exécute aux risques et périls du mandant (*ipsius periculo*), c'est-à-dire du premier débiteur (V. *Paul. d. fr.* 22, § 2; *fr.* 45, § 7, *eod.*).

§ III et V.

1079. Les contrats dont l'exécution serait indifférente aux contractans ne produisent aucune action, parce que nul ne peut agir sans intérêt (1007 ; V. *Julian. fr.* 32, *locat. cond.*). Cette règle générale ne souffre point d'exception dans le mandat, car l'action *mandati* directe ne commence qu'avec l'intérêt des mandans, sans jamais le précéder ni le dépasser. Ainsi le mandataire qui, après avoir promis de gérer mes affaires, les laisserait sans aucune gestion, n'est tenu envers moi que jusqu'à concurrence du tort que j'aurais éprouvé : du reste, je n'ai point à me plaindre de l'inexécution du mandat, lorsqu'elle ne me cause aucun préjudice. (*Ulp. fr.* 8, § 6, *mandat.*)

S'il en est ainsi pour mes propres affaires, il en sera de même, à plus forte raison, pour celles d'autrui; le mandat que j'aurais donné pour l'avantage exclusif d'une tierce personne me laissera toujours sans intérêt, et par conséquent sans action contre le mandataire qui ne remplit pas sa mission. Il en faut donc convenir, le mandat que je donne pour l'avantage exclusif d'un tiers, *aliena tantum causa* (§ 3, *h. t.*), ne produit point d'obligation immédiate, puisque le mandataire qui l'accepte n'est pas obligé de l'exécuter; toutefois, s'il l'exécute, je me trouve alors obligé de l'indemniser, quoique la chose ne m'importe en aucune façon (V. *Ulp. fr.* 6, § 5, *cod.*), et de là naît contre moi l'action *mandati*. Il arrivera même que pour avoir chargé une personne des affaires d'une autre, je me trouverai responsable envers celle-ci de la gestion entreprise par mes ordres; j'aurai donc alors intérêt à en demander compte, et par suite action contre mon mandataire (V. *Javol. fr.* 28, *de negot. gest.*).

C'est ainsi que le mandat contracté pour l'avantage exclusif d'une tierce personne peut, lorsqu'il est exécuté, devenir obligatoire ; en sorte que le mandataire agissant par l'action *contraria*, le mandant obtient l'action directe, à cause de l'intérêt qu'il n'avait pas d'abord (*Ulp. fr.* 6, § 4, *mandat.*), mais qui serait né postérieurement (*cum cœpit interesse ejus*, *Ulp. fr.* 8, § 6, *eod.*; V. *Vinnius, hic.*).

La même explication s'applique dans le cas où l'avantage des tiers se combine avec l'avantage du mandataire (V. § 5, *h. t.*); celui-ci n'en est alors que plus disposé à exécuter le mandat, mais du reste l'intérêt qu'il y trouve n'ajoute rien à l'obligation et ne lui donne aucune force.

§ VI.

1080. En effet, le mandat reste complètement inutile, lorsqu'il n'intéresse que le mandataire (*tua tantum gratia* : *pr. h. t.*). Non-seulement celui-ci n'est pas tenu d'exécuter, mais l'exécution même ne rend point le mandant responsable du préjudice éprouvé par le mandataire, *non tamen tibi mandati tenetur* (*text. hic.*; *pr. h. t.*), parce que ce n'est pas véritablement un mandat qu'il remplit ; c'est plutôt un avis, un conseil qu'il suit (*text. hic*; *Caius, fr.* 2, § 6, *mandat.*). Or, le conseil donné de bonne foi n'oblige pas son auteur (*Ulp. fr.* 47, *de reg. jur.*) ; un avis, bon ou mauvais, n'est pas une volonté, mais seulement une opinion, que chacun doit apprécier par soi-même (*text. hic*; V. *Vinnius*), que l'on adopte et que l'on s'approprie, sans y obéir. Le mandat, au contraire, suppose un désir, une volonté urgente du mandant, qui lui reste propre, et dont il sollicite l'exécution ; le mandat serait un commandement, un *jussus*, s'il ne s'adressait pas à une personne qui est libre de le refuser (V. § 11, *h. t.*; § 1 *et* 8, *quod cum eo*), et qui, en l'acceptant, se soumet par complaisance à faire ce qu'elle n'aurait pas fait spontanément.

Ainsi, par exemple, une hérédité est quelquefois déférée à des personnes qui ne l'auraient pas acceptée sans garantie, mais qui se portent héritiers parce que les

créanciers le leur ont mandé. Dans ce cas, (*Julian. fr.* 32 *mand.*) et autres semblables (V. *Ulp. fr.* 6, § 5, *eod.*), le mandat, quoique reçu par le mandataire dans une affaire qui lui est propre, dépasse les bornes d'un conseil, et oblige celui qui l'a donné. Pareillement, dans le dernier exemple de notre texte, je n'aurais rien prêté à Titius, si je n'avais pas eu, de votre part, un mandat que son exécution rendra obligatoire contre vous.

1081. D'après ce que nous avons vu jusqu'ici, le contrat qui existe entre le mandant et le mandataire, devient souvent l'occasion de nouveaux engagemens qui obligent le mandataire envers d'autres personnes, par exemple, lorsqu'il a géré leurs affaires (V. § 3, *h. t.*), ou cautionné ce qui leur était dû (V. § 1, 3 *et* 4, *h. t.*). Quelquefois aussi le mandataire oblige d'autres personnes envers soi, notamment celles à qui il prête (V. *text.*, *hic in fin.*; § 5, *h. t.*); et alors, le mandataire, indépendamment de l'action *mandati contraria* qui lui appartient toujours contre le mandant, a contre ceux qui s'engagent envers lui l'action résultant de leur propre contrat. (*Gordian. C.* 7, *mand.*) Ainsi les obligations dont ils sont tenus envers le mandataire se trouvent garanties envers ce dernier par l'obligation du mandant, comme elles pourraient l'être par un fidéjusseur (1028; V. *Julian. fr.* 32, *mandat.*). Toutefois on n'appliquait pas au MANDATOR (*Paul. fr.* 71, *de fidejuss.*; *Diocl. et Max. C.* 23, *eod.*) la règle qui, avant Justinien (*C.* 28, *eod.*), déclarait le fidéjusseur libéré par les poursuites dirigées contre le débiteur, et réciproquement (1025; V. *Caius*, *fr.* 27, § 5, *mandat.*).

§ IX.

1082. Les contrats consensuels se résolvent tous par un consentement contraire au consentement qui les a formés (§ 4, *quib. mod. solv. obl.*); mais le dissentiment d'une partie ne suffit point seul pour dissoudre l'obligation. On est toujours libre de ne se pas engager; on ne reste pas également libre de se dégager. (*Diocl. et Max. C.* 5, *de obl. et act.*; V. § 11, *h. t.*) Néanmoins le mandant peut changer de volonté et révoquer à son gré (1) le contrat formé (*recte mandatum contractum*) par le consentement ou l'acceptation du mandataire. (*Ulp. fr.* 12, § 16, *mandat.*) Il en est de ce dernier comme du dépositaire : conserver le dépôt, exécuter le mandat, n'est pas pour eux un droit, mais seulement un devoir, une obligation dont on peut toujours les décharger. Leurs bons offices ne doivent pas continuer malgré le déposant (969), et ne doivent pas même commencer malgré le mandant.

Je dis qu'ils ne doivent pas *commencer*, parce qu'ici le mandat est révoqué *dum adhuc integra res sit*, avant toute exécution, et alors il est comme non avenu. Le contrat n'aura produit aucune obligation, aucune action; et dans ce cas on dit qu'il est anéanti (*evanescit*; *text. hic*; V. *Caius*, 3 *inst.* 159) ou dissous (*solvitur*; § 10, *h. t.*). Le mandat dont l'exécution serait commencée peut aussi être révoqué, mais seulement pour l'avenir : l'obligation, et par conséquent l'action *mandati*, subsiste pour tout ce qui aurait été fait avant la révocation, et même depuis, jusqu'à ce que le mandataire en ait eu connaissance. (*Paul. fr.* 15, *mandat.*)

§ X.

1083. La mort du mandant équivaut à une révocation; elle dissout le mandat (2), et cependant on veut que cette dissolution ne préjudicie point au mandataire qui, dans l'ignorance du fait, exécuterait le mandat (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 160; V. *Paul. fr.* 26, *mand.*). Tel est, entre autres cas, celui d'un créancier qui aurait mandé au débiteur de payer entre les mains de telle ou telle personne. Le paiement reçu par cette personne est valable et libère le débiteur, lorsqu'il a ignoré la mort du mandant (*Paul. d. fr.* 26, § 1) ou la

(1) Lorsque je stipule pour moi ou pour Seius, le promettant se libère en payant à Seius, qui reste tenu envers moi par l'action du mandat; et cela, quand même je changerais de volonté. Le paiement que Seius recevrait malgré moi n'en est pas moins valable (1091). Ici le mandat donné à Seius n'est pas spontané de ma part; il n'est que la conséquence d'un autre contrat, d'une stipulation que l'on n'aurait peut-être pas consentie, si l'on n'avait pas eu la faculté de payer à Seius. Le promettant ne doit donc pas être privé de cette faculté par le fait du stipulant : aussi ne puis-je pas, sans le consentement du promettant, révoquer le mandat donné à Seius. (V. § 4, *de inutil. stip.*; *Ulp. fr.* 12, § 3, *de solut.*)

(2) *Paul. fr.* 26, *mandat.*; *Diocl. et Max. C.* 15, *eod.*, excepté lorsqu'il s'agit d'une chose qui ne doit avoir lieu qu'à la mort du mandant. (*Voyez* ci-dessus, 1096.)

révocation du mandat. Il en est de même lorsque le débiteur a ignoré la manumission de l'esclave préposé aux recettes de son maître (*text., hic in fin.*). En effet, en préposant son esclave, le créancier a, par cela même, autorisé ses débiteurs à payer entre les mains de cet esclave, et cette autorisation est pour eux un véritable mandat (*Julian. fr.* 34, § 3, *de solut.*) dont la manumission de l'esclave emporte la révocation tacite. (*Vinnius, hic.*)

Ainsi la dissolution du mandat n'éteint pas toujours l'action *mandati*, puisque même après la mort du mandant cette action peut résulter contre ses héritiers de l'exécution donnée au mandat (*Paul. fr.* 58, *mandat.*; *Ulp. fr.* 19, § 3, *de donat.*); mais après la mort du mandataire, le mandat exécuté par ses héritiers ne produit jamais d'action (*Caius, fr.* 27, § 3, *mandat.*) parce qu'ils ne peuvent ignorer le décès de leur auteur et conséquemment la dissolution du contrat. Il se dissout en effet par la mort du mandataire comme par la mort du mandant (*text. hic*).

§ XI.

1084. Si la volonté du mandant suffit pour dissoudre le contrat, celle du mandataire devrait aussi produire le même effet. Toutefois la position des parties ne serait pas égale, si celui qui accepte le mandat restait absolument libre de ne le point exécuter; car le défaut d'exécution trompe l'espérance du mandant, et l'expose à un préjudice que la révocation ne porte jamais au mandataire. Il ne suffit donc pas que celui-ci change de volonté; il doit en prévenir le mandant (*renuntiandum*), et le prévenir en temps utile, c'est-à-dire assez tôt pour qu'il puisse faire lui-même ou par autrui l'opération, par exemple, l'acquisition dont le mandataire ne veut plus se charger. Autrement, celui qui n'avertit pas ou qui avertit trop tard (*intempestivè*), reste lié par son acceptation, *actio mandati locum habet*, il doit exécuter le mandat ou réparer le tort que le défaut d'exécution causerait au mandant (*text. hic; Paul. fr.* 22, § *ult.*; *Caius, fr.* 27, § 2, *mand.*); sauf les justes excuses qu'il ferait valoir (*text. hic*), comme une maladie, une inimitié capitale survenue entre lui et le mandant (*Hermog. fr.* 23 *et* 25, *mandat.*) ou l'insolvabilité de ce dernier (*Paul.* 2 *sent.* 15, § 1; *fr.* 24, *eod.*; V. *Ulp. fr.* 8, § *ult.*; *fr.* 10; *Caius, fr.* 9, *de procur.*), car l'obligation du mandataire n'exige pas qu'il sacrifie ses propres intérêts aux intérêts d'autrui. (V. *African. fr.* 61, § 5, *de furt.*; *Caius, fr.* 7, *testam. quemadm. ap.*)

§ VIII.

1085. Exécuter un mandat, c'est faire ce que le mandant a voulu, soit qu'on agisse de manière à lui imposer, dans toute leur étendue, les obligations et la responsabilité qu'il entendait prendre, par exemple, en achetant au prix par lui indiqué; soit qu'on agisse de manière à lui imposer des obligations moindres, par exemple, en achetant à un prix inférieur. Dans l'un et l'autre cas, le mandataire qui améliore ou qui n'empire pas la condition du mandant, a contre lui l'action *mandati* (*text. hic in fin.*; *Paul. fr.* 3; *fr.* 5, § 5, *mandat.*). Il en est autrement lorsque le mandataire achète au-dessus ou vend au-dessous du prix fixé. Le mandat ainsi exécuté n'oblige point le mandant, parce que sa position ne peut jamais empirer par les actes du mandataire. (*Paul. fr.* 3, *pr. et* § 2; *fr.* 5, § 3 *et* 4, *cod.*) Celui-ci, lorsqu'il sort des termes du mandat, fait une chose dont on ne l'a point chargé (*Paul. d. fr.* 5, *pr.*), et conséquemment ne fait pas celle qu'on lui demande; en un mot, il n'exécute point le mandat. La conséquence est qu'il reste exposé à l'action du mandant, sans avoir contre ce dernier l'action *contraria* (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 161; *fr.* 41, *mand.*). Il faut donc, pour exécuter un mandat, se renfermer dans ses limites (*text. hic*; *Paul. d. fr.* 5.).

Celui qui, chargé d'acheter jusqu'à concurrence de cent mille francs ou de cautionner un tiers pour semblable somme, achète ou cautionne pour cent vingt mille, ne peut donc pas agir contre le mandant pour cette dernière somme; mais peut-il agir pour cent mille, en restreignant sa demande à la somme fixée par le mandat? Les Proculéiens décidaient affirmativement, et les Sabiniens négativement (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 161). La rigueur de ces derniers se conçoit à peine contre le mandataire fidéjusseur. Les cent vingt mille francs qu'il a garantis contiennent certainement les cent mille qu'il a dû garantir. (*Ulp. fr.* 1, § 4, *de verb. obl.*). Le mandant ne peut donc pas se plaindre de l'inexécution

du mandat, ni refuser à l'occasion d'un excédant qu'on ne lui demande point, la somme déterminée par ce mandat. (V. *Julian. fr.* 33, *mandat.*) Quant au mandataire acheteur, on ne peut le contraindre à remettre la chose pour cent mille francs, ni même pour cent vingt mille, puisque l'acquisition faite hors des termes du mandat est indépendante de ce mandat et de son exécution; il paraissait contre l'équité que le mandataire restât libre de garder ou de remettre à son gré une chose qu'on ne pouvait pas exiger de lui (*Paul. fr.* 3, § 2, *mandat.*) : l'opinion des Sabiniens semblerait donc mieux fondée dans ce cas que dans le précédent. Néanmoins le sentiment des Proculéiens a prévalu comme moins rigoureux (*text. hic; Caius, fr.* 4, *mandat.*), en ce qu'il permet d'éviter par un sacrifice purement pécuniaire les condamnations que le mandataire pourrait encourir pour n'avoir point exécuté le mandat, condamnations d'autant plus graves que la nature de l'action les rend infamantes (1).

Conformément au système des Proculéiens, le mandataire qui s'oblige purement et simplement, lorsqu'il devait ne s'obliger qu'à terme, agit contre le mandant, mais seulement à l'expiration du terme. (*Paul. fr.* 22, *pr. et* § 1, *mand.*) Pareillement, la vente consentie par le mandataire pour un prix inférieur à celui qu'aurait fixé le mandat, produit son effet, lorsqu'on indemnise le mandant en lui payant la totalité du prix qu'il avait voulu obtenir (*Paul. fr.* 5, § 3 *et* 4, *eod.*).

TITRE XXVII.

DES OBLIGATIONS QUI SE FORMENT COMME PAR UN CONTRAT.

PR.

1086. Les obligations, d'après le système de Caius, adopté ici par Justinien (955), naissait principalement d'un contrat ou d'un délit, et de là plusieurs différences dans les effets que l'obligation produit contre la personne obligée (§ 2, *de pœn. tem. lit.*), contre ses héritiers (§ 1, *de perp. et temp.*) et contre le maître ou l'ascendant à la puissance de qui cette personne est soumise (§ 10, *de act.*; *pr. et* § 1 *et seqq*; *quod cum eo*; *pr. et* § 7, *de noxal. act.*).

Les mêmes différences existent entre plusieurs autres obligations qui ne se forment ni par un contrat ni par un délit, mais qui cependant imitent, dans leurs effets, les obligations dérivées soit de l'une soit de l'autre source; et l'on dit communément qu'elles naissent, non d'un contrat, mais d'un *quasi-contrat*, non d'un délit, mais d'un *quasi délit*. Ces expressions *quasi-contrat*, *quasi-délit*, n'ont en elles-mêmes rien d'incorrect ou d'irrégulier; les jurisconsultes romains disent *quasi ususfructus* (§ 2, *de usufr.*), *quasi maritus* (*Ulp. fr.* 32, § 27, *de don. int. vir.*); ils auraient pu dire QUASI CONTRACTUS, QUASI DELICTUM (*Vinnius, hic*, nº 5); ils l'auraient pu sans doute, mais ils ne l'ont pas fait : les textes ne parlent point d'obligations nées *ex quasi contractu* ou *ex quasi delicto*; ils disent que telle personne doit ou qu'elle est obligée QUASI EX MALEFICIO (*pr.*, § 1 *et* 3, *de obl. quasi ex del.*) ou QUASI EX CONTRACTU (§ 2, 3 *et* 5, *h. t.*), et spécialement QUASI EX MUTUI DATIONE (*fr.* 5, § 3, *de obl. et act.*), PERINDE AC SI MUTUUM EI DARETUR (§ 6, *h. t.*; V. § 1, *quib. mod. re cont.*), enfin que telle ou telle obligation naît QUASI EX DELICTO, QUASI EX CONTRACTU (2). Cela signifie pour moi que cette personne est obligée ou tenue comme elle le serait par un délit ou par un contrat, et spécialement par un *mutuum*; enfin que son obligation naît et se forme comme elle naîtrait et se formerait par suite d'un contrat ou d'un délit. Vinnius a fait la même observation sans y attacher la même importance; néanmoins je crois devoir insister, non pour

(1) § 2, *de pœn. tem. lit.* Abstraction faite de cette dernière considération, l'opinion des Proculéiens paraîtrait à peine soutenable. En effet, supposez qu'après avoir dépassé le prix fixé par le mandant, le mandataire reconnaît que la valeur de la chose est inférieure à ce dernier prix; il pourra forcer le mandant à prendre cette chose pour le prix fixé dans le mandat, et par conséquent à supporter une partie de la perte. Si au contraire l'acquisition est bonne, le mandataire la gardera pour son compte, et ne pourra pas être contraint à céder la chose, soit pour le prix fixé dans le mandat, soit même pour le prix qu'il a payé en sus.

(2) *Quasi ex contractu nascuntur*, se dit par construction. La phrase complète et grammaticalement construite serait NASCUNTUR QUASI *nascerentur* EX CONTRACTU. Ainsi, par exemple, celui à qui, par erreur, je paie ce qui n'était pas dû, devient mon débiteur, *quasi ex contractu debere videtur*; et le texte explique lui-même ces paroles, lorsqu'il ajoute : *perinde... obligatur ac si mutuum ei daretur* (§ 6, *h. t.*), *pe*

l'exactitude des mots, mais pour celle des idées.

En effet, lorsqu'on adopte les expressions *quasi-contrat* et *quasi-délit* comme équivalent des locutions textuelles *quasi ex contractu*, *quasi ex delicto*, on arrive à dire que certaines personnes sont obligées par un *quasi-contrat* ou par un *quasi-délit*, ce qui suppose un fait antérieur à l'obligation dont il devient la cause et l'origine, fait licite ou illicite et assimilé d'après cette distinction tantôt aux contrats, tantôt aux délits. Ainsi, par exemple, on a défini le quasi-contrat tout fait non répréhensible qui, sans aucune convention, oblige son auteur envers d'autres et quelquefois aussi les autres envers lui, par suite d'un consentement que font présumer des motifs d'utilité ou d'équité. (V. *Vinnius*, *hic*, *n.* 4 *et* 5; *Heineccius*, *elem. jur.* 966.) Cette définition semble faite pour l'obligation *negotiorum gestorum*; la gestion est un fait volontaire et non répréhensible, qui produit des obligations réciproques entre le gérant et ceux dont on a géré l'affaire. L'équité veut que le premier rende ses comptes; elle autorise à présumer qu'il a toujours eu l'intention de les rendre. Cette même équité veut qu'il soit indemnisé de tout ce que lui a coûté la gestion, du moins lorsqu'elle a été utile; et, dans l'intérêt même de ceux à qui cette gestion profite, on doit encore supposer qu'ils auraient voulu ce qu'on a fait pour eux, à leur insu, en leur absence. (V. § 1, *h. t.*) On le suppose avec d'autant plus de raison dans ce cas, que, dans le cas contraire, la gestion entreprise malgré eux ne les oblige nullement (1089). On pourrait donc admettre que l'obligation *negotiorum gestorum* naît d'un quasi-contrat, en ce sens que les circonstances où elle se forme permettent de présumer un consentement qui n'existe pas; mais cette présomption est-elle toujours admissible? les obligations dont un héritier est tenu, soit envers ses cohéritiers, soit envers les légataires (§ 4 *et* 5, *h. t.*), dérivent-elles constamment d'un fait volontaire et d'un consentement présumé? non, sans doute, puisqu'elles ne sont pas imposées à une seule classe d'héritiers. Si les externes s'y soumettent volontairement par leur adition, les héritiers nécessaires en sont tenus *ipso jure*, bon gré mal gré. Les obligations du tuteur sont pareillement indépendantes de son fait et de sa volonté; car on est tuteur malgré soi, et celui qui n'a point administré ou qui n'a pas même été chargé de l'administration, n'en est pas moins soumis à l'action de tutelle. (V. *Ulp. fr.* 3, § 2, *de adm. et peric. tut.*; *Alex. C.* 1, *si tut. vel cur. non gess.*) Il serait donc très-difficile de définir quel est ici le quasi-contrat ou le fait volontaire qui donne naissance à l'obligation, et plus difficile encore d'expliquer pourquoi le fait du curateur qui a géré ne constitue pas un quasi-contrat spécial (1091).

1087. La vérité est qu'en assimilant certaines obligations à celles qui naissent d'un contrat ou d'un délit, Caïus n'entend pas constater l'existence de ces faits ou actes indéfinissables et purement rationnels, pour ne pas dire purement imaginaires, qui depuis ont été appelés quasi-contrats ou quasi-délits; le jurisconsulte est surtout bien éloigné de les considérer comme la cause et l'origine des obligations. Ainsi, en parlant des tuteurs et des héritiers (§ 2, *h. t.*; *fr.* 5, § 1 *et* 2, *de obl. et act.*), il commence par déclarer qu'ils sont tenus; puis il observe que ce n'est pas un contrat qui les oblige, mais que ce n'est pas non plus un délit, et cette circonstance lui suffit pour dire qu'ils sont tenus *quasi ex contractu*. Il n'établit pas l'origine de l'obligation, ou, pour mieux dire, il l'établit négativement, pour décider qu'elle aura l'effet qu'elle aurait si elle naissait d'un contrat. Il y a donc similitude; et pourquoi ne

rinde ac si mutuum accepisset (§ 1 *de quib. mod. re contr.*). Il n'est pas inutile de prévenir que, parmi les jurisconsultes romains, Caius est le seul qui emploie cette locution. Les autres se servent souvent du mot contrat en parlant des obligations dont il est question dans ce titre (V. *Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.*; *fr.* 3, *quib. ex caus. in poss.*, *Paul. fr.* 49, *de obl. et act.*; *fr.* 16, *de negot. gest.*; *Scævol. fr.* 10, *in quib. caus. pign.*). Ainsi, par exemple, ils disent que l'héritier contracte avec les légataires (*contrahere videtur*, *Ulp. fr.* 3, *in fin.*; *Paul. fr.* 4, *quib. ex caus. in poss.*); mais alors ils parlent de l'héritier volontaire qui fait adition ou de l'héritier sien qui s'immisce. Dans les différens cas où l'obligation contractée par une personne (V. *liv.* 4, *tit.* 7.) permet d'agir contre d'autres, Ulpien dit encore, en parlant de ces dernières, que l'on a contracté avec elles (*d. fr.* 3, § 1 *et* 2, *eod.*), du moins en quelque sorte (*quodammodo*, *fr.* 1, *quod. juss.*), et qu'on les poursuit *quasi cum ipsis contractum videatur* (*fr.* 1, *de in rem vers.*). Entend-on par là que l'action *de peculio* et autres actions semblables naissent d'un quasi-contrat? non sans doute : cela signifie que le défendeur est tenu et poursuivi comme s'il avait contracté.

dirait-on pas alors qu'il y a *quasi-contrat ?* Si l'on veut exprimer ainsi la similitude des résultats, j'y consens ; mais remarquons alors que le quasi-contrat devient un effet, et non pas une cause ; remarquons que le quasi-contrat résulte de l'obligation, et non pas l'obligation du quasi-contrat.

Pour caractériser les obligations dont il est question dans ce titre, je ne dirai donc point qu'elles dérivent d'un quasi-contrat, mais je dis avec le texte qu'elles se forment comme elles se formeraient par un contrat, et j'exprime alors une idée juste, parce que l'expression indique la nature de l'obligation et ses résultats, indépendamment de son origine et des causes diverses qui l'ont formée. En effet, les obligations qui ne naissent ni d'un contrat ni d'un délit, dérivent, suivant Caïus (*fr.* 1, *de obl. et act.*), PROPRIO QUODAM JURE, EX VARIIS CAUSARUM FIGURIS : *proprio quodam jure*, c'est-à-dire de certaines dispositions spécialement établies par le droit civil ou par le droit honoraire (954) ; et c'est indépendamment de leur origine qu'on distingue parmi ces obligations celles qu'on doit assimiler aux contrats, celles qu'on doit assimiler aux délits. Pour cela on examine d'abord s'il existe une faute imputable à la personne obligée, *peccasse aliquid* (*pr.*, *de obl. quasi ex del.*); *aliquatenus culpæ reus est* (§ 3, *eod.*); et dans ce cas on la déclare tenue QUASI EX MALEFICIO (*pr.*, § 1 *et* 3, *eod.*). Dans le cas contraire, son obligation est assimilée aux obligations formées par un contrat, et il suffit pour cela qu'elle ne naisse pas d'un délit (*quia non ex maleficio substantiam capiunt*, *pr. h. t.*; *quia non ex maleficio tenetur*, § 2, 3 *et* 5, *h. t.*; V. *Caius*, *fr.* 5, § 1 *et* 2, *de obl. et act.*).

Telles sont les obligations que produisent la gestion d'affaires (§ 1), la tutelle (§ 2), l'indivision d'une chose (§ 3) ou d'une hérédité (§ 4), l'existence des legs (§ 5) et l'acquisition d'un objet indûment payé (§ 6 *et* 7).

§ I.

1088. Les anciens Romains faisaient de longues absences, et l'intérêt des absens fit admettre plusieurs institutions d'une grande importance. De là viennent les codicilles dont l'usage commença sous Auguste (*pr.*, *de codicil.*) ; de là, plusieurs dispositions du droit prétorien (V. § 5, *de action.*), et notamment un édit relatif à la gestion d'affaires. (V. *Ulp. fr.* 1 *et* 3, *de negot. gest.*) Il y a gestion d'affaires proprement dite, lorsqu'on s'immisce spontanément dans les affaires d'autrui, en administrant ou agissant pour d'autres à leur insu et par conséquent sans mandat ; dans ce sens on oppose le gérant au mandataire qu'autorise un consentement exprès ou tacite. (V. *Paul. fr.* 1 ; *Papin. fr.* 53, *mand.*)

Si l'existence d'un mandat était absolument nécessaire pour exiger le remboursement de ce qu'on a payé ou dépensé pour autrui, la rigueur d'un semblable principe exposerait à des pertes considérables les personnes qu'un besoin imprévu force de partir subitement sans avoir choisi aucun mandataire ; nul ne ferait les avances dont le recouvrement ne pourrait être exigé par aucune action (*text. hic*) ; les obligations de l'absent n'étant pas remplies, les clauses pénales seraient encourues, ses biens saisis et vendus. (*Ulp. fr.* 1, *de negot. gest.*) On a donc cru nécessaire d'accorder une action au gérant, et cela *utilitatis causa*, dans l'intérêt même de ceux pour qui la gestion est entreprise (1). Toutefois ils ne doivent pas au gérant comme ils les devraient à un mandataire toutes les dépenses qu'il a faites ; ils lui remboursent uniquement celles qui présentaient une utilité réelle (*utiliter gesserit*; *text. hic*; V. *Ulp. fr.* 45 ; *Paul. fr.* 25, *de negot. gest.*) au moment où elles ont été faites, sans examiner d'ailleurs ni l'opinion du gérant sur l'utilité de ces mêmes dépenses, ni les événemens postérieurs qui les rendraient infructueuses. (*Ulp. fr.* 10, § 1, *eod.*)

1089. Ceux dont l'affaire a été gérée se trouvent ainsi obligés à leur insu (*etiam ignorantes*; *text. hic*), sans consentement ; et dans le cas même où ils ne pourraient pas consentir, par exemple, lorsqu'il s'agit des affaires d'un fou (2). Néanmoins la gestion

(1) *Ne desererentur negotia quæ sane, etc.* (*text. hic*). Est-ce l'interprétation des prudens qui a introduit l'action *negotiorum gestorum*? Ces mots *receptum est* sembleraient l'indiquer ; mais, d'un autre côté, Ulpien (*fr.* 3, *de neg. gest.*) rapporte et commente les paroles d'un édit d'où cette action semble dériver, édit que l'intérêt des absens avait, dit-il, rendu nécessaire (*fr.* 1, *eod.*). Or quelle en aurait été la nécessité, si l'action *negotiorum gestorum* eût existé dans le droit civil ?

(2) *Ulp. fr.* 3, § 5, *de negot. gest.*; V. § 3, *de hered. quæ ab int.*; *Pompon. fr.* 24, *de obl. et act.* Il en est autrement pour les affaires d'un pupille (*Ulp.*

entreprise malgré les personnes qui ont une volonté ne les soumet à aucune action. (*Paul. fr.* 40, *mand.*; *Ulp. fr.* 8, § 3, *de neg. gest.*; *Justin. C.* 24, *eod.*)

Leur intention n'est donc pas absolument indifférente. Celle du gérant l'est encore moins : en effet, celui qui a voulu exercer sa libéralité, ou remplir un devoir, ne répète point ce qu'il a dépensé, soit pour faire une donation (*animo donandi*; *Ulp. fr.* 4, *de neg. gest.*), soit pour obéir à ce qu'exigent l'amitié, la reconnaissance ou une juste affection (1). Si le gérant obtient une action, c'est contre ceux auxquels il a voulu rendre service (2), et par lesquels il a entendu se faire indemniser.

De là cette conséquence que, si, en agissant pour Titius et pour moi-même, je fais une chose utile à d'autres personnes que je n'avais pas en vue, je n'oblige pas ces dernières, du moins dans la rigueur du principe (*Julian. fr.* 6, § 3 *et* 6; *Afric. fr.* 46, *de neg. gest.*); cependant, et par équité, on m'accorde l'action *negotiorum gestorum*, mais c'est alors une action *utile* (V. *Ulp. fr.* 5, § 1; *fr.* 45, § 2; *Julian. fr.* 6, § 6, 7 *et* 8, *eod.*), que Paul appelle IN FACTUM (*fr.* 22, § 10, *mand.*).

1090. Si le gérant oblige ceux dont il a géré l'affaire, il s'oblige aussi à leur rendre compte d'une administration dont il ne peut tirer ou conserver aucun profit. Il doit donc se désister des obligations contractées à son profit (*Papin. fr.* 48, *de neg. gest.*), et remettre tout ce dont sa recette (3) excède sa dépense, avec les intérêts du reliquat (4) dont il a dû faire emploi. En effet, l'obligation de payer les intérêts n'est qu'une conséquence de la règle qui le soumet à tous les soins et à toute la prévoyance d'un bon père de famille (*omnem diligentiam*; *Philip. C.* 24, *de usur.*; V. 1069); car les soins qu'il met habituellement à ses propres affaires ne suffisent pas pour celles d'autrui, lorsqu'il n'est pas aussi diligent qu'un autre aurait pu l'être (5). Cette responsabilité diminue lorsque des circonstances urgentes ont pour ainsi dire nécessité l'intervention du gérant dans les affaires d'un parent ou d'un ami, dont les biens allaient être expropriés (*Ulp. fr.* 3, § 9, *de neg. gest.*); dans ce cas, on est tenu seulement à raison du dol. Réciproquement, les cas fortuits, dont régulièrement le gérant n'est pas responsable (*Diocl. et Max. C.* 22, *eod.*; V. *Paul. fr.* 37, § 1, *eod.*), sont imputés à celui qui hasarderait, au nom de l'absent, des opérations étrangères aux habitudes de ce dernier. (*Pompon. fr.* 11, *eod.*) Celui qui entreprend de pareilles opérations commet par cela seul une faute, et cette faute, conformément au principe antérieurement

fr. 3, § 4, *de negot. gest.*). *Voy.* ci-après (1092) l'explication du § 2, *h. t.*

(1) Ainsi l'on ne répète pas contre un pupille les frais faits, soit pour provoquer la nomination d'un tuteur, soit pour écarter le tuteur suspect. (*Ulp. fr.* 44, *de neg. gest.*; *Sever. et Anton.*, *C.* 1, *eod.*) Le mari qui soigne sa femme malade, l'affranchi qui nourrit son patron, et en général celui qui fournit des alimens à ses parens, n'a point l'action *negotiorum gestorum* contre les personnes spécialement obligées à subvenir aux frais de nourriture et de maladie (*Modest. fr.* 27, § 1; *Sever. et Anton. C.* 5; *Alex. C.* 11; *Gordian. C.* 15, *de neg. gest.*).

(2) Celui qui s'immisce dans mes affaires *deprædandi causa*, s'oblige envers moi, sans m'obliger envers lui. Je puis lui demander compte par l'action *negotiorum gestorum* qu'il n'obtiendra pas contre moi, du moins pour la totalité de ses dépenses; car Julien (*fr.* 6, § 3, *de negot. gest.*) la lui accorde pour ce dont je me trouverais enrichi (V. *Pothier, pand. just. III, V*, 13).

(3) Observez qu'il doit porter en recette tout ce qui lui a été payé, même indûment (V. *Ulp. fr.* 8, § 1, *de negot. gest.*) sans porter en dépense ce qu'il aurait indûment payé (*Paul. fr.* 23, *eod.*) : le tout sauf répétition, s'il y a lieu. Cette répétition serait exercée, dans le premier cas, non contre le gérant qui a reçu, mais contre ceux pour le compte desquels il a reçu; dans le second cas, par le gérant qui a fait le paiement contre ceux qui l'ont reçu. (V. *Paul. fr.* 14, *de condict. caus. dat.*; *fr.* 6, *pr.*, § 1 *et* 2, *Scævol. fr.* 67, § 1, *de indeb. cond.*)

(4) *Papin. fr.* 31, § 3, *de negot. gest.*; *Philip. C.* 24, *de usur.* Le débiteur gérant les affaires de son créancier doit se payer à lui-même, c'est-à-dire que les valeurs devenues exigibles par l'échéance du terme, sont dès ce moment comptées en recette, comme celles que le gérant recevrait de toute autre personne, et dès ce moment il en doit l'intérêt (*Tryphon. fr.* 38; *Julian. fr.* 6, § 12, *de neg. gest.*). Réciproquement on lui doit aussi l'intérêt de ses avances. (*Paul. fr.* 19, § 4 *eod.*)

(5) *Si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.* On a cru voir dans ces derniers mots l'hypothèse extraordinaire d'un gérant qui s'immisce au moment où une personne plus diligente (*diligentior alius*) allait prendre l'administration (*administraturus esset*); et, dans l'intérêt du système des trois fautes, on restreint à ce cas particulier (V. *Pothier, pand. just. III, V*, 51) la décision de notre texte sur la responsabilité du gérant. Il est aisé de voir que l'on raisonne ici, à son égard, comme précédemment à l'égard du commodataire (§ 2, *quib. mod. re*). L'un et l'autre, à la différence des associés (§ 9, *de soc.*), doivent à la chose ou aux affaires d'autrui plus de soin qu'ils n'en ont habituellement pour eux-mêmes, et toutefois cette distinction suppose qu'une personne plus diligente aurait pu avec plus de soin obtenir un résultat plus avantageux : en effet si j'ai pour mes propres affaires tous les soins possibles on ne peut rien exiger de plus pour les affaires d'autrui; tel est évidemment le sens que présentent notre texte et le § 2, *quib. mod. re contrah.*; V. Paul (*fr.* 25, § 16, *famil. ercisc.*)

expliqué (963) à l'égard du commodataire (§ 2, *quib. mod. re contrah.*), expose celui qui la commet à tous les dangers qu'on aurait évités en ne la commettant pas.

§ II.

1091. Les tuteurs sont, comme le gérant, soumis à rendre compte; mais comme l'administration est pour eux un devoir, ils rendent compte de ce qu'ils ont fait et même de ce qu'ils ont omis (*Ulp. fr.* 1, *de tutel. et rat.*; *fr.* 10, *de admin. et peric.*); tandis que le gérant immiscé dans une ou plusieurs affaires n'encourt aucune responsabilité relativement aux autres. Il n'a point de compte à rendre pour celles dont il ne s'est pas occupé (1). De là Dioclétien et Maximien (*C.* 20, *de neg. gest.*) semblent conclure que les tuteurs ne seront pas, comme le gérant, tenus de la faute légère; et en effet, suivant Ulpien (*fr.* 1, *de tutel. et rat.*), ils devraient aux affaires du pupille le soin qu'ils ont pour eux-mêmes. Cependant Dioclétien et Maximien (*C.* 7, *arbitr. tut.*) les déclarent indubitablement responsables de la faute légère; cette décision est confirmée par Callistrat (*fr.* 33, *de admin. et peric.*) et par Ulpien lui-même (*fr.* 10, *eod.*; *fr.* 23, *de reg.*), sauf le cas où le tuteur, cherchant à employer les deniers du pupille, ferait avec bonne foi une acquisition désavantageuse. Il n'est tenu, à cet égard, que de la faute grave. (*Ulp. fr.* 7, § 2, *de adm. et peric.*).

L'action *tutelæ* ne s'intente pas contre le tuteur pendant la durée de ses fonctions (*Paul. fr.* 4 *et* 12; *Ulp. fr.* 9, § 5; *fr.* 11, *de tut. et rat. distr.*); il faut attendre que la tutelle finisse, soit par la puberté du pupille (§ 7, *de atil. tut.*), soit de toute autre manière. (*Ulp. fr.* 7, § 1; *fr.* 9, *pr.*, § 1 *et seq.*, *eod.*). En est-il de même relativement au curateur? Les empereurs Sévère et Antonin (*C.* 2, *de adm. tut.*), l'empereur Philippe (*C.* 14, *eod.*) répondent affirmativement; Paul (*fr.* 4, § 3, *de tut. et rat.*) et Ulpien (*fr.* 1, § 3, *de contrar. tutel.*) négativement. Quoi qu'il en soit, observons que la gestion du curateur ne produit aucune action spéciale : on exerce dans ce cas, l'action *negotiorum gestorum* utile. (*Paul. d. fr.* 4, § 3, *de tutel. et rat.*; *Ulp. fr.* 3, § 5, *de neg. gest.*; V. *fr.* 19, § 2, *de test. tut.*).

1092. Le tuteur et le curateur, soumis à une action directe, ont respectivement une action contraire (*Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 2, *de contrar. tut.*) pour être indemnisés des dépenses qu'ils ont faites ou des engagemens qu'ils ont pris (V. *text. hic in fin.*); dans ce cas, chose remarquable, le pupille se trouve obligé sans autorisation (*Ulp. fr.* 1, *de contrar. tut.*). Il n'en est pas ainsi dans les contrats, ni même dans toutes les obligations nées *quasi ex contractu*. Le paiement d'une chose indue, le prêt reçu et la promesse faite par un pupille non autorisé ne l'obligent pas (§ 1, *quib. mod. re contr.*; § 9, *de inutil. stip.*; *Licin. Ruf. fr.* 59, *de obl. et act.*); seulement, lorsqu'il est devenu plus riche, cette circonstance produit une obligation naturelle (*Paul. fr.* 13, § 1, *de cond. ind*; *Pompon. fr.* 14, *eod.*), qui depuis Antonin-le-Pieux, a suffi pour agir contre le pupille, à raison de tout ce dont il se trouve enrichi au moment de la *litis contestatio*. (*Paul. fr.* 37, *de negot. gest.*) Telle est aussi l'obligation qu'impose au pupille la gestion de ses affaires (*Sever. et Anton. C.* 2, *eod.*; V. *Ulp. fr.* 3, § 4, *eod.*; *Pothier, pand. just. V, III*, 23 *et* 56.); mais ici, envers son tuteur, le pupille se trouve obligé par l'administration même, et civilement obligé (*Ulp. fr.* 1, *de contrar. tut.*), c'est-à-dire pour la totalité des dépenses utilement et raisonnablement faites (*Ulp. fr.* 2, *ubi pupil.*; *ed. Anton. C.* 3, *de admin.*), quel que soit d'ailleurs l'événement (*Ulp. fr.* 3, § 7, *de contrar. tutel.*).

§ I ET IV.

1093. Lorsqu'une chose appartient en commun à plusieurs personnes, les fruits que chacun aurait à percevoir, et les dépenses que chacun devrait faire pour sa part, se perçoivent ou se font quelquefois pour la totalité par un seul. Ce dernier s'oblige à rendre compte de ce qu'il a perçu pour la part des autres, et les oblige réciproquement pour la part qu'ils doivent supporter dans les dépenses que nécessitent l'entretien et la conservation de la chose (*necessarias impensas*, § 3, *h. t.*). De là une

(1) *Diocl. et Max. C.* 20, *de neg. gest.* Cette règle générale souffre quelques exceptions. *V.* Ulpien (*fr.* 6, § 12; *fr.* 8; *fr.* 31, § 2, *de neg. gest.*) et Paul (*fr.* 13, *eod.*).

sorte de gestion qui produit des engagemens réciproques, comme la gestion d'affaires proprement dite. Toutefois, celui auquel appartient une part de la chose commune a pour administrer cette chose un intérêt, et conséquemment un motif, que l'affaire d'autrui n'offre pas aux *negotiorum gestores* : aussi les soins qu'on lui demande se bornent-ils aux soins qu'il a ordinairement pour soi-même (*Paul. fr.* 25, § 16, *famil. ercisc.*); les dépenses faites pour la part des autres obligent ces derniers, lors même qu'ils sont fous ou impubères et sans autorisation de tuteur. (*Paul. fr.* 46, *de obl. et act.*; *fr.* 29, *commun. div.*; *Ulp. fr.* 33, *pro soc.*; V. 1092, 1099.)

Une chose peut être commune à plusieurs personnes sans qu'il existe entre elles aucune société (*sine societate*, § 3, *h. t.*); par exemple, lorsque plusieurs cohéritiers concourent à la même hérédité, ou lorsqu'un seul et même objet est acquis à plusieurs donataires ou à plusieurs légataires; et cependant on les nomme improprement socu (*socius*, § 3, *h. t.*). Les obligations dont nous venons de parler donnent lieu, entre les copropriétaires d'un objet particulier, à l'action *communi dividundo*; entre cohéritiers, à l'action *familiæ erciscundæ*. Ces deux actions ont encore un autre but; nous aurons donc occasion de les considérer plus loin (§ 4 *et* 5, *de offic. jud.*; V. § 20, *de action.*) sous un autre rapport.

§ V.

1094. Les héritiers, de quelque manière que l'hérédité leur soit acquise, nécessairement ou par leur adition, sont tenus des obligations du défunt et des legs faits par ce dernier.

Les obligations passent à l'héritier telles qu'elles existaient sur la personne du défunt; elles conservent la même cause et les mêmes effets : aussi les créanciers ont-ils contre l'héritier l'action qu'ils avaient précédemment contre son auteur, et, dans ce sens, leurs actions sont dites héréditaires (*Dec. C.* 2, *de hered. act.*) par opposition à l'action des légataires qui, pendant la vie du défunt n'ont eu aucun droit. L'obligation dont l'héritier est tenu envers eux ne lui est point transmise; elle commence en sa personne (V. *Paul. fr.* 40, *de obl. et act.*), et, comme elle ne résulte ni d'un délit, ni d'un contrat, on déclare ici que l'héritier en est tenu *quasi ex contractu* (*text. hic*).

1095. On a vu précédemment (§ 2, *de legat.*) que chaque légataire agit ou par actions personnelles, ou, lorsque la chose léguée lui a été directement transmise, par action réelle, c'est-à-dire par revendication (687, 692). Dans ce dernier cas même, on lui laisse le choix (*Julian. fr.* 84, *in fin.*; *African. fr.* 108, § 2; *de legat*, 1°; *Papin. fr.* 76, § 8, *de legat.* 2°). Cette option facultative a embarrassé plusieurs interprètes; elle a paru contrarier ce principe formel que nul n'acquiert une seconde fois la chose qui lui appartient, et que l'on n'est jamais tenu de transférer à une personne ce dont elle est déjà propriétaire (§ 14, *de act.*; V. *Vinnius*, *ad.* § 2 *de legat.*). Pour lever cette apparente difficulté, il suffira de ne pas confondre deux actions personnelles résultant des legs, actions dont l'une est effectivement incompatible et l'autre très-conciliable avec la propriété du légataire.

En effet, lorsque je donne ma propre chose en commodat, en dépôt ou en gage, je conserve ma propriété, et, par suite, la revendication : néanmoins, le dépositaire, le commodataire ou le créancier gagiste sont tenus envers moi d'une obligation d'où résulte une action personnelle *depositi*, *commodati* ou *pigneratitia* (V. *Alex. C.* 1, *depos.*), pour demander, non la propriété qui m'appartient, mais la remise de la chose entre mes mains, et l'indemnité qui peut m'être due à l'occasion de cette chose. C'est ainsi, je crois, que le légataire, quoique propriétaire de la chose léguée, peut, s'il ne veut pas la revendiquer, exiger que l'héritier la lui remette, et remplisse à cet égard les obligations qui résultent contre lui du testament. Tel est le but de l'action dite *ex testamento* (*Caius*, *fr* 69, § 5, *de legat.* 1°). par laquelle le légataire demande *quidquid ex testamento dare facere oportet* (*Caius*, 2 *inst.* 213).

Il est une autre action par laquelle le légataire prétend que les héritiers doivent lui transférer la chose léguée, *heredem sibi dare oportere*, et cela, lorsqu'il n'en a pas encore la propriété, par exemple, dans le legs *per damnationem* (*Caius*, 2 *inst.* 204.) Cette action, qui est la condiction proprement dite, est la seule que les textes déclarent incompatible avec la revendication et la propriété du demandeur (§ 14 *et* 15, *de action.*; *Ulp. fr.* 12 *in fin.*, *usufr. quemadm.*

cav.). Il ne faut donc pas la coofondre avec les actions personnelles que chacun peut intenter à l'occasion de sa propre chose, sans demander qu'on lui en trausfère la propriété.

§ VI.

1096. La dation d'une chose, ou translation de propriété, a toujours un but dont l'accomplissement ultérieur peut manquer; celui qui avait fait la translation est trompé dans son espoir, et l'équité l'autorise alors à répéter ce qu'il avait aliéné, non pour exercer une pure libéralité (V. *Julian. fr.* 1, *de donat.*), mais au contraire UT ALIQUID OBTINGAT. (*Paul. fr.* 35, § 3, *de mort. caus. don.*) De là une obligation qui n'existe pas entre le donataire et le donateur, parce que celui-ci, en transférant sa propriété, remplit par cela seul le but qu'il s'était proposé (V. *Ulp. fr.* 18, *de donat.*); mais, hors de la donation proprement dite, hors de la donation pure et simple, et même dans la donation à cause de mort, celui qui a reçu la chose se trouve obligé d'en remettre la propriété, lorsque les événemens prévus ne se réalisent pas (494; *Paul. d. fr.* 35, § 3, *de mort. caus. donat.*). C'est ainsi que dans l'échange, et dans plusieurs autres contrats inuommés (1051; V. *Ulp. fr.* 3, *de condict. caus. dat.*), on agit par condiction pour reprendre ce qu'on a transféré dans uue intention qui n'est pas remplie (1).

Dans le *mutuum*, la même action se donne en vertu de la convention qui accompagne la dation. Il en sera de même si, en recevant un paiement, on convient de restituer ce qui, d'après une vérification ultérieure, se trouvera n'avoir pas été dû. Dans ces deux cas, l'obligation et l'action résultent d'un véritable contrat (*Ulp. fr.* 2, *de cond. indeb.*); mais, indépendamment de toute convention, la même obligation se forme par le paiement même, entre les parties qui, loin de contracter, voulaient et croyaient dissoudre une obligation qui n'existe pas (*text. hic*; § 1, *quib. mod. re contr.*). En effet, celui qui croit devoir cherche à se libérer, et n'atteint pas son but. On lui permettra donc de répéter, et la condiction qui, dans ce cas, se nomme *indebiti* à cause de son objet, est toujours la même action autorisée par cette règle d'équité qui défend de retenir ce qu'on a obtenu sans cause (*sine causa*; *Papin. fr.* 66, *de cond. indeb.*; *Ulp. fr.* 1 *et* 2, *de cond. sine caus.*), ou pour une cause et dans un but qui ne s'est pas réalisé (*causa data, causa non secuta*; *Ulp. d. fr.* 1, § 1 *et* 2; *Afric. fr.* 4, *eod.*; *Paul. fr.* 9, *de cond. caus. dat.*; *Pompon. fr.* 52, *de cond. ind.*).

Nous supposons ici que celui qui paie voulait se libérer, et conséquemment croyait devoir: aussi la répétition qu'autorise son erreur (2) se refuse à quiconque paie ce dont il sait n'être pas débiteur. (*Ulp. fr.* 1, § 1, *de condeb. indeb.*); ce deruier ne paie pas pour se libérer, ou plutôt ce n'est pas un paiement qu'il fait, mais une donation. (*Paul. fr.* 53, *de reg. jur.*)

1097. En général, le créaucier a une actiou pour exiger la chose due; quelquefois aussi celui à qui on refuse les moyens d'exiger une chose est autorisé à la retenir lors-

(1) Il s'agit ici des choses transférées dans un but licite et honnête, *ob rem non inhonestam.* (*Ulp. fr.* 1, *eod*; *Paul. fr.* 1, § 1, *de cond. ob turb. caus.*) Dans le cas contraire, s'il y a turpitude à recevoir, on ne peut, même après avoir rempli le but de la dation, se dispenser de rendre ce qu'on a reçu *ob turpem causam* (*Paul. d. fr.* 1, § 2, *fr.* 9; *Ulp. fr.* 2, *fr.* 4, § 2, *eod.*); mais quand la turpitude est réciproque, les parties se trouvant dans la même position ne peuvent agir l'une contre l'autre, et la répétition cesse (*Paul. fr.* 3, *eod.*; *Anton. C.* 2, *eod.*). Elle cesse à plus forte raison lorsque la turpitude réside exclusivement dans la personne qui aliène. (*Ulp. fr.* 4, § 3, *eod.*)

(2) *Per errorem* (*text. hic.*; § 1, *quib. mod. re contr.*), c'est-à-dire par erreur de fait, selon plusieurs interprètes qui refusent la répétition à celui qui paie par erreur de droit. Cette distinction indubitablement établie pour les fidéicommis, notamment lorsqu'on a omis de déduire la quatre falcidie (*Paul. fr.* 9, § 5, *de jur. et fact.*; *Gordian. C.* 9, *ad leg. falcid.*; V. *Diocl. et Max. C.* 7, *de condict. indeb.*), s'applique-t-elle, en règle générale, à tous autres paiemens? L'affirmative paraît incontestable d'après les constitutions de Constantin et Maximin (*C.* 6 *et* 10, *de jur. et fact. ign.*; V. *Diocl. et Max. C.* 6, *de condict. ind.*). Les textes du Digeste et des Institutes parlent toujours de l'erreur sans distinction (*text. hic*; § 1, *quib. mod. re contr.*; *Ulp.*, *Pompon. Cels.*, *Papin.*, *fr.* 1, 7, 47, 54 et 59, *de condict. ind.*). Ils sembleraient donc autoriser la répétition pour erreur de droit (*Tryphon. fr.* 64, *de cond. ind.*, *Pap. fr.* 5, *de cond. sine caus.*). Ulpien (*fr.* 1, *ut in poss. legat.*) l'accorde même expressément, mais *benigne* et après avoir douté. Sa décision semble établir une exception plutôt qu'un principe.

Au surplus, et indépendamment des autorités, je ne comprends pas que la nature de l'une ou l'autre erreur rende la répétition plus ou moins équitable. L'ignorance du droit ne profite à personne, en ce sens qu'on ne peut s'en prévaloir pour acquérir, et, par exemple, pour acquérir par usucapion (*Pompon. fr.* 4, *de jur. et fact.* 473); mais réciproquement, elle ne nuit pas lorsqu'on cherche à éviter des pertes et n'empêche personne de réclamer ce qui lui appartient (*Papin. fr.* 7 *et* 8, *de jur. et fact.*; V. *Vinnius, hic*).

qu'elle est entre ses mains. Ce droit de rétention suffit à une personne pour la dispenser de rendre ce qui lui aurait été payé (*Pompon. fr.* 51, *de condict. indeb.*), et pour caractériser une obligation naturelle dont le paiement n'admet aucune répétition. (*Paul. fr.* 10, *de oblig. et act.*; *Ulp. fr.* 26, § 12, *de condict. ind.*) En effet, c'est pour accorder ou refuser une condiction fondée sur l'équité (*Papin. fr.* 66, *eod.*), qu'on examine si la chose est due ou indue; cette question se décide alors d'après les règles du droit naturel (*Tryphon. fr.* 64, *de condict. indeb.*), et l'on considère comme dû l'objet de plusieurs obligations méconnues par le droit civil, notamment celles dont il est question au VIIe titre du IVe livre. (V. *Ulp. fr.* 38, § 1 *et* 2, *eod.*)

Réciproquement, certaines obligations obtiennent ou conservent, d'après le droit civil, une existence ou des effets contraires à l'équité. Dans ce cas, le droit honoraire paralyse l'action du demandeur par une exception péremptoire ou perpétuelle (V. § 1, 2 *et* 3, *de except.*), et le débiteur que l'équité ne considère pas comme tel, répète ce qu'il a payé par erreur. (*Ulp. fr.* 26, § 3 *et* 7; *Julian. fr.* 32, § 1, *eod.*)

1098. En réclamant par condiction ce qu'il a indûment payé, le demandeur agit comme s'il avait fait un *mutuum*, par la même action (*Caius, fr.* 5, § 3, *de obl. et act.*), et en soutenant DARE OPORTERE (§ 1, *quib. mod. re contr*). Or, si l'on se rappelle, d'une part, que le *mutuum* suppose une translation de propriété (958), et, d'autre part, que celui qui réclame sa propre chose ne peut soutenir DARE OPORTERE (§ 14 *et* 15, *de action.*), on reconnaîtra que ce paiement, quoique fait par erreur, n'en a pas moins transféré la propriété. En effet, le paiement, comme le *mutuum*, suppose une aliénation : celui qui veut payer veut donc transférer la propriété, et cette volonté produit son effet, parce qu'on examine si le propriétaire a voulu aliéner, et non pas pourquoi il l'a voulu (395; V. § 1, *de except.*). L'erreur qui détermine cette volonté autorise à recouvrer la chose, mais n'empêche pas que cette chose, donnée en paiement par son propre maître, ne soit acquise à celui qui la reçoit. (*Procul. fr.* 53, *de cond. ind.*) Cela est si vrai, que le paiement fait par erreur donnerait lieu à l'usucapion, si l'on avait payé avec la chose d'autrui. (*Pompon. fr.* 3, *pro suo.*)

Les personnes incapables d'aliéner, comme les fous, les prodigues interdits et les pupilles non autorisés, conservent la propriété des choses par eux dûment ou indûment payées : aussi peuvent-ils les revendiquer tant qu'elles existent. (*Ulp. fr.* 14, § 8, *de solut.*; *fr.* 29, *de condict. indeb.*) Lorsqu'elles ont été consommées de bonne foi, la revendication cesse; ceux qui étaient débiteurs sont libérés (512; *Ulp. d. fr.* 14, § *ult.*); les autres deviennent créanciers, et la condiction leur appartient pour répéter, dans tous les cas, ce qu'ils ont indûment payé, sciemment ou par erreur. La répétition ne dépend plus alors de cette distinction, mais de la condition des personnes. (*Ulp. d. fr.* 29.)

1099. Réciproquement, la répétition n'a pas lieu lorsque la personne qui reçoit le paiement est incapable de s'obliger. Tel est, par exemple, le pupille qui emprunte ou qui reçoit, sans l'autorisation de son tuteur, une chose indûment payée (*Caius*, 3 *inst.* 91; § 1, *quib. mod. re contr.*; *Licin. Ruf. fr.* 59, *de obl. et act.*); il n'est donc pas soumis à la condiction, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve plus riche. (V. *Paul. fr.* 13, § 1; *Pompon. fr.* 14, *de cond. ind.*) au moment du *litis contestatio*. (V. 1092.)

§ VII.

1100. Il est certaines obligations que le débiteur ne peut nier sans s'exposer à une condamnation du double, et dans ce sens on dit que *lis inficiando crescit* (*text. hic*; V. § 23 *et* 26, *de act.*; § 1, *de pœn. tem. lit.*).

En pareil cas, le paiement volontaire procure un double avantage; il libère le débiteur, et lui évite la nécessité de faire un second paiement. L'incertitude des jugemens humains et la crainte de payer deux fois, sont un motif suffisant pour déterminer à un paiement volontaire ceux même qui croient ne pas devoir. Ils transigent, et alors ils paient, sinon pour se libérer, du moins pour acheter leur sécurité. S'il en est ainsi, ils ne paient pas sans motif : aussi ne répète-t-on pas ce qu'on a payé par transaction, pour éviter un procès, quelque peu fondé qu'il fût. (*Paul. fr.* 65, § 1, *de condict. ind.*) L'existence d'une transaction tacite serait donc, suivant les meilleurs in-

terprètes (V. *Vinnius, hic*, nº 2; *Pothier, pand. just. XII*, *VI*, 30), le motif qui empêche la répétition dans tous les cas où *lis inficiando crescit*, cas dont notre texte présente une énumération incomplète (V. *Paul.* 1 *sent* 19; *Caius*, 4 *inst.* 171), sur laquelle nous reviendrons plus loin (§ 23 *et* 26, *de action.*). Remarquez toutefois comment Justinien applique aux legs faits *locis venerabilibus* ce que l'ancien droit appliquait aux legs *per damnationem*.

TITRE XXVIII.

PAR QUELLES PERSONNES ON ACQUIERT UNE OBLIGATION.

PR., § I ET II.

1101. Nous avons vu précédemment (*liv.* 2, *tit.* 9) la propriété acquise par certaines personnes, non pour elles-mêmes, mais par elles à une autre. La même règle s'applique aux créances des mêmes personnes, c'est-à-dire aux obligations dont on serait tenu envers elles. Ainsi le maître devient créancier, par ses esclaves, de tout ce qui leur est dû par stipulation (*pr.*, *de stip. serv.*) ou par toute autre obligation (*pr.*, *h. t.*); et ce qu'on a dit précédemment pour l'acquisition de la propriété, soit par l'esclave d'autrui dont nous avons l'usufruit, soit par toute autre personne libre ou esclave que nous possédons de bonne foi (§ 4, *per quas pers. nob. acquir.*), notre texte le répète ici pour l'acquisition d'une créance (1).

Quant aux fils de famille, Justinien applique également à leurs créances la distinction qu'il a précédemment établie pour l'acquisition des choses corporelles (516; § 1, *per quas. pers. nob. adq.*). Toutefois on n'admet ici ni usufruit, ni propriété de la créance même. Ces droits ne s'établissent pas sur l'obligation, mais sur son objet, sur la chose dont l'obligation tend à procurer l'acquisition ultérieure (*quod ex obligatione fuerit adquisitum*), et cela par une action dont Justinien conserve l'exercice au père de famille, *pater actionem movente* (*text. hic*; *Justin. C. ult.*, § 3, *de bon. quæ liber.*).

Bien que les créances d'un fils de famille profitent, comme celles d'un esclave, au père de famille dont il dépend, il y a cependant entre la capacité du premier et celle du second une différence importante. En effet, l'esclave n'a pas en lui-même le droit de stipuler; il ne l'exerce que *ex persona domini* (*pr.*, *de stip. serv.*). Le fils de famille, au contraire, homme libre et citoyen romain, stipule de son propre chef, sans emprunter la capacité de l'ascendant à la puissance duquel il est soumis.

1102. L'énumération qui précède indique certaines obligations que nous pouvons acquérir sur les personnes libres, mais dans un cas particulier, c'est-à-dire lorsque nous possédons cette personne de bonne foi, en la considérant comme notre esclave (§ 1, *h. t.*). Cette énumération exclut tacitement toute autre personne libre, parce que, comme nous l'avons vu (1007, 1009), chacun contracte pour soi, et nul ne peut rien acquérir *per liberam et extraneam personam*, si ce n'est la possession (§ 5, *per. quas pers. nob. adq.*). Cette exception ne s'étend point aux obligations.

Remarquez qu'il s'agit ici des créances ou obligations actives; quant aux dettes ou obligations passives des fils de famille et des esclaves, voyez au livre 4 le titre 7, *quod cum eo*.

§ II.

1103. Lorsqu'un esclave a plusieurs maîtres, ses acquisitions profitent à chacun d'eux, *pro dominica parte*, en raison de la part qui leur appartient dans l'esclave même (*text. hic*; § 3, *de stip. serv.*; V. § 4, *de injur.*), excepté lorsqu'il agit nominativement pour l'un de ses maîtres, ou par son ordre; car alors c'est à ce maître seul que l'esclave acquiert (§ 3, *de stipul. serv.*). Telle est, du moins, sur le second cas, l'opinion des Sabiniens, combattue par les Proculéiens (*Caius*, 3 *inst.* 167), adoptée par Julien (*fr.* 5, *de stipul. serv.*) et par Justinien (*text. hic*; *C.* 3, *per quas. pers.*). On excepte enfin le cas où l'un des maîtres

(1) § 1 *et* 2, *h. t.* Les mots *vel usum*, intercalés dans le § 2, semblent assimiler l'usager à l'usufruitier, en accordant en premier tout ce que l'esclave acquiert *ex duabus causis*. Il est certain au contraire, que l'usager n'acquiert point par l'esclave ce qui provient *ex operis ejus*, mais seulement ce qui provient *ex re sua* (522; *Ulp. fr.* 14, *de us. et habit.*): aussi les mots *per usum* ne se trouvent-ils ni dans Caius (3 *inst.* 164, 165), ni dans les plus anciens manuscrits (*Vinnius hic*), Voyez cependant Théophile.

serait dans l'impossibilité de profiter de la stipulation, par exemple, lorsqu'il est déjà propriétaire de la chose (§ 3, *de stip. serv.*; V. 997), ou lorsqu'il n'a aucun héritage auquel puisse s'attacher la servitude stipulée. (*Pompon. fr.* 17, *de stipul. serv.*)

TITRE XXIX.

DE QUELLES MANIÈRES S'ÉTEINT UNE OBLIGATION.

1104. Il arrive souvent qu'une obligation conserve une existence et des effets conformes à la rigueur du droit civil et contraires à l'équité ; alors il serait inique de condamner le débiteur, et cependant l'action donnée contre lui en cette qualité l'exposerait à une condamnation inévitable, si le préteur ne restreignait par une exception la généralité de la formule qui force le juge à condamner. (V. § 3, 4 *et* 5, *de except.*). Dans ces différens cas l'action n'a aucun résultat, et l'obligation peut être considérée comme indirectement éteinte ; néanmoins les textes déclarent que le débiteur reste obligé (*adhuc obligatus permanet*, § 4, *eod.*), que son obligation subsiste (*nihilominus obligatio durat*, § 5, *eod.*), ou n'est pas entièrement dissoute (*non omnino dissolvuntur*, § 3 *eod.*). Dans ce titre, au contraire, il s'agit des obligations éteintes *ipso jure*, dans le sens le plus direct et le plus absolu, de celles que le droit civil ne reconnaît plus ; en sorte que le juge, ne trouvant plus de débiteur, serait dans l'impossibilité de condamner celui qu'on actionne comme tel. Le défendeur n'aurait donc besoin d'aucune exception pour éviter la condamnation. (V. *Themis*, t. 6, p. 1 *et suiv.*)

Parmi les modes d'extinction dont s'occupe notre titre, quelques-uns s'appliquent à toutes les obligations (*pr. et* § 2) ; les autres dissolvent seulement les obligations verbales (§ 1) ou les obligations consensuelles (§ 4).

PR.

1105. Les mots *solvere* et *solutio*, dans leur acception la plus étendue, expriment la rupture du lien qui constituait l'obligation, et par suite, la libération des personnes dont l'engagement a cessé par un moyen quelconque (953 ; *Paul fr.* 54, *de solut.* ; *fr.* 47, *de verb. sign.*). Dans un sens moins général, les mêmes expressions indiquent la libération la plus naturelle de toutes, celle qu'on obtient par l'accomplissement même de l'obligation, par exemple, en exécutant ce qu'on aurait promis de faire (*Ulp. fr.* 176, *eod.*); enfin *solvere* et *solutio* signifient, à proprement parler, l'accomplissement de l'obligation qui consiste spécialement *ad dandum*. C'est en ce sens qu'est pris le mot paiement, lorsqu'on dit que pour payer il faut transférer la propriété (512).

1106. Nous avons vu que le paiement peut être fait soit aux créanciers, soit aux personnes autorisées à cet effet par la convention même (§ 4, *de inutil. stip.*), par le mandat du créancier (§ 10, *de mandat.*), ou par leur qualité de tuteur et de curateur (§ 2, *quib. alien.*) ; et enfin que le paiement fait à ceux qui n'ont pas qualité pour le recevoir (*d.* § 10, *de mandat.*), et au créancier lui-même, lorsqu'il est incapable (*d.* § 2, *quib. alien.*), n'éteint pas l'obligation. Les mêmes distinctions ne sont pas applicables à la personne qui paie ; qu'il soit fait par le débiteur même, ou par tout autre au nom du débiteur (1), de son aveu, à son insu, ou même malgré lui, le paiement éteint la dette (*text. hic ; Caius ; fr.* 39, *de negot. gest.* ; *fr.* 53, *de solut.* ; *Pompon. fr.* 23, *eod.*), et libère avec le débiteur les personnes *qui pro eo intervenerunt*, par exemple, ses fidéjusseurs (*text. hic ; Ulp. fr.* 43, *de solut.*) : sauf toutefois le recours qui, à raison de ce paiement même, pourrait être exercé par l'action de mandat, ou par l'action *negotiorum gestorum*, d'après les règles ci-dessus exposées (1026, 1088).

Le paiement s'opère indépendamment de la volonté du créancier, et même malgré lui, lorsqu'on paie ce qui est dû (*solutione ejus quod debetur, text. hic*), c'est-à-dire tout ce qui est dû ; car, en règle générale, on n'est pas forcé de recevoir soit une chose pour une autre (2), soit une por-

(1) Celui qui paie en son nom la dette d'autrui, *quasi ipse debeat* (*Paul. fr.* 65, § 9, *de cond. ind.*), paie indûment ; il en résulte que le créancier, tenu à la restitution, conserve son action contre le débiteur. (*Pompon. fr.* 19, § 1, *eod.* ; *Pothier, pand. just. XII, VI*, 21.)

(2) *Paul. fr.* 99, *de solut.*; *Diocl. et Max. C.* 17, *eod.* Voyez cependant Justinien (*Nov.* 4, *cap.* 3), et observez que l'ouvrage d'un artisan diffère presque toujours du même ouvrage exécuté par tout autre. Aussi, dans ce cas, ne serait-on pas admis, malgré le créancier, à faire pour une autre personne ce qu'elle est tenue de faire par elle-même (*Ulp. fr.* 31, *eod.*).

tion de la chose due (1). Ce n'est donc qu'avec le consentement du créancier que l'on scinde l'obligation par un paiement partiel (V. § 1, *in fin., h. t.*), ou qu'on l'éteint en donnant *aliud pro alio* (*text. hic*). Je dis qu'on l'éteint dans ce dernier cas, parce que, d'après notre texte et d'après la constitution de Dioclétien (*C.* 17, *de solut.*), le débiteur me semble absolument libéré, sans avoir besoin d'aucune exception, malgré la controverse qui divisait à cet égard les Sabiniens et les Proculéiens (*Caius*, 3 *inst.* 168). L'opinion de ces derniers se trouve, et mal à propos, je crois, reproduite par Pothier. (*Pand. just. XLVI, III,* 65). V. *Vinnius, hic.*

§ III.

1107. Le paiement est un mode d'extinction générale qui s'applique à toute espèce d'obligation (*omnis obligatio, pr. h. t.*). Il en est de même de la novation (§ *1 et* 2, *h. t., Ulp. fr.* 1, § 1, *de novat.*).

Notre texte suppose une stipulation par laquelle Titius promet au créancier de Seius ce dont celui-ci était déjà débiteur, *quod Seius debebat*. Ici, comme dans la fidéjussion, Titius s'oblige pour autrui ; toutefois son intervention a un autre but. Son obligation, au lieu de se joindre à celle du débiteur primitif, la renouvelle, la remplace et l'éteint. De ce renouvellement vient le nom de la novation (*Ulp. fr.* 1, *de novat.*), sorte de stipulation qui se distinguait de toute autre, et notamment de la fidéjussion par la seule intention des parties (*text., hic in fin.*; *Ulp. fr.* 6 ; *fr.* 8, § 3 *et* 5 ; *Papin. fr.* 28, *eod.* ; *Scævol. fr.* 20, § 1, *de in rem vers.* ; *Paul. fr.* 44, § 6, *de obl. et act.*). Justinien exige que l'intention de nover soit formellement exprimée (*text. in fin.* ; *C.* 8, *de novat.*).

1108. Quelquefois (*interdum*) cette stipulation, quoique nulle ou inutile d'après les règles exposées au *titre* XIX, éteint l'obligation primitive, sans former une obligation nouvelle, et laisse le stipulant sans action. Entre autres exemples cités par Caïus (3 *inst.* 176), Justinien (*text. hic*) conserve celui où le promettant serait un pupille non autorisé par son tuteur ; et Ulpien (*fr.* 1 *in fin., de novat.*) présente cette décision comme la conséquence de ce principe, qu'une obligation naturelle suffit pour nover l'obligation primitive. Cette explication est insuffisante, puisque, d'après plusieurs autres textes, le pupille non autorisé par son tuteur ne s'oblige pas même naturellement (*Licin. Ruf. fr.* 59, *de obl. et act.* ; *Nerat. fr.* 41, *de cond. ind.*); et la difficulté augmente, lorsqu'on voit que l'intervention des esclaves, dont la promesse produit une obligation naturelle (§ 1, *de fidej.* ; *Paul. fr.* 13, *de cond. ind.* ; *Ulp. fr.* 14, *de obl. et act.*), reste sans aucun effet pour la novation (*text. hic* ; *Caius*, 3 *inst.* 176). Cette différence entre le pupille et l'esclave tient, je crois, à la forme extérieure de la novation, qui non seulement exige un engagement nouveau, mais un contrat verbal (V. *Diocl. et Max. C.* 6, *si cert. pet.*), contrat auquel les esclaves ne peuvent concourir, si ce n'est *ex persona domini*, et seulement pour stipuler (988 ; V. *pr., de stip. serv* ; *Theoph. hic.*). Le pupille réunit au contraire les qualités requises pour concourir à un contrat verbal ; il peut stipuler, il peut répondre (§ 9, *de inutil. stip.*) et donner à la convention la forme extérieure d'une stipulation. Cette stipulation opère novation, quand le pupille est autorisé, et même quand il ne l'est pas, si toutefois il en résulte une obligation naturelle, c'est-à-dire si le public est devenu plus riche (2).

(1) *Modest. fr.* 41, § 1, *de usur.*; et cela sans doute, à cause des nombreux inconvénients qui résulteraient, pour le créancier, d'un paiement partiel (*Caius*, *fr.* 3, *fam. erc.*). Alciat soutenait l'opinion contraire en s'appuyant principalement sur un texte de Julien (*fr.* 21, *de reb. cred.*) dont il faut voir l'explication dans Vinnius (*hic*, n° 6) et dans Pothier (*Pand. just*, *XLVI*, *III*, 61). Il importe d'observer à cet égard, 1° que le débiteur de plusieurs dettes peut contraindre le créancier à recevoir séparément le montant de chaque obligation (*Scævol. fr.* 15, *quib. mod. pign. solv.*); 2° qu'une seule et même obligation se divise par le décès du créancier ou du débiteur entre les héritiers de l'un et de l'autre, en sorte que les premiers ne peuvent agir, et que les seconds ne sont tenus de payer qu'en proportion de leur part héréditaire. (*Gordian. fr.* 5, *famil. ercisc.*; *C.* 2, *de hered. act.*)

(2) Il est certain que le pupille non autorisé s'oblige naturellement, *cum locupletior factus est* (*Paul. fr.* 13, § 1, *de cond. ind.*); c'est à cette hypothèse, suivant Cujas (*ad fr.* 127, *de fidej.*; *ad fr.* 95, § 2, *de solut.*), qu'il faut restreindre tous les textes qui supposent une obligation naturelle contractée sans autorisation de tuteur par les pupilles, hypothèse dans laquelle une constitution d'Antonin-le-Pieux accorde même une action (1092). Vinnius combat le système de Cujas, et veut que le pupille s'oblige naturellement, lors même qu'il ne s'enrichit pas ; il observe que dans le cas contraire ce n'est pas seulement une obligation naturelle, mais une obligation civile qui existe, puisqu'elle

1109. Lorsqu'on interroge les textes pour y trouver une définition de l'obligation naturelle, ils opposent le *vinculum æquitatis* (*Pap. fr.* 95, § 4, *de solut.*) au *vinculum juris* qui constitue l'obligation proprement dite ou obligation civile (953); et Paul (*fr.* 84, § 1, *de reg. jur.*) répond qu'une personne est obligée naturellement lorsqu'elle est astreinte par le droit des gens, lorsqu'on a eu foi en elle, *cujus fidem secuti sumus*. (V. § 1 *et* 2, *quod cum eo*.)

1110. La stipulation qui donne au créancier un nouveau débiteur peut se former entre eux indépendamment de toute autre volonté, et alors la novation, comme le paiement fait par une tierce personne (1006), libère le débiteur primitif à son insu et malgré lui. (*Paul. fr.* 91, *de solut.*; *Ulp. fr.* 8, § 5, *de novat.*) Quelquefois, au contraire, la stipulation est la conséquence d'une délégation, c'est-à-dire d'un mandat donné au répondant par le débiteur primitif (1). Celui-ci délègue ou un étranger qui s'oblige envers le créancier, sauf à recourir contre le déléguant par l'action *mandati* (V. *Paul. fr.* 12, *eod.*), ou son propre débiteur qui s'oblige, soit envers un étranger, soit envers le créancier du déléguant. De là trois sortes de novations, dont l'une opère changement de débiteur, l'autre changement de créancier, tandis que la troisième éteint deux obligations, en libérant le délégué envers le déléguant, et celui-ci envers le stipulant; elle donne au délégué un nouveau créancier, et au stipulant un nouveau débiteur (2).

1111. Souvent, et sans intervention d'aucune autre personne, le créancier stipule de son débiteur même, et celui-ci promet ce qu'il devait déjà en vertu d'une précédente obligation, d'un *mutuum*, par exemple. La stipulation, dans ce cas, ne peut que confirmer le premier contrat. (*Ulp. fr.* 9, § 4, 5, 6 *et* 7, *de reb. cred.*; *fr.* 6, § 1, *de novat.*; *Pompon. fr.* 7, *eod.*) Pour opérer novation, il faudrait stipuler *aliquid novi*, et modifier la première obligation en substituant un engagement pur et simple à un engagement conditionnel ou à terme, et réciproquement (3). La stipulation à terme produit une obligation qui naît et remplace immédiatement l'obligation primitive, en sorte que le créancier ne peut plus agir qu'à l'échéance du terme. (*Ulp. fr.* 5, *de novat.*) La condition, au contraire, suspend l'obligation (980), et conséquemment la novation, jusqu'à l'événement prévu (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 179; *Ulp. fr.* 8, § 1; *fr.* 14, *eod.*). Dans ce cas, l'obligation primitive, n'étant remplacée par aucune autre, subsiste, et laisse le débiteur exposé à l'action du créancier, tant que la condition n'est pas accomplie, et à plus forte raison lorsqu'elle a défailli. Ce résultat serait directement contraire à l'intention des parties, si, comme cela est vraisemblable, leur but avait été de substituer à une obligation existante la chance et l'espoir d'une obligation possible, en sorte que le créancier n'eût rien à exiger qu'en vertu de la stipulation conditionnelle, c'est-à-dire après l'accomplissement de la condition. Toutefois l'intention des parties, en la supposant telle, ne suffit pas ordinairement pour dissoudre seule une obligation; et, comme la novation suppose une obligation nouvelle qui ne résulte pas encore de la stipulation conditionnelle, il faut nécessairement reconnaître que l'obligation primitive subsiste, malgré cette stipulation, et contre la volonté des parties; mais alors, si le stipulant agissait en vertu de la première obligation,

produit une action. Cet argument repose sur l'idée généralement admise, que l'obligation naturelle ne produit aucune action. Cela peut avoir été vrai dans l'origine, mais ensuite plusieurs actions ont été introduites, par raison d'équité, pour des obligations que le droit civil n'avait pas d'abord admises, et qui, par conséquent, restaient dans la classe des obligations naturelles. Telle est entre autres l'action accordée contre le pupille par Antonin, dans un cas où, d'après Antonin lui-même, il n'y a pas obligation civile (*pupillam jure non teneri*; *Ulp. fr.* 1, *de auct. tut.*); et, chose remarquable, Ulpien (*fr.* 5, *eod.*) cite cette action pour prouver qu'il existe une obligation naturelle. *V.* Paul (*fr.* 10, *de obl. et act.*) et Pothier (*pand. just. XLIV*, *VII*, 17).

(1) Ce mandat résulte, comme tout autre, du simple consentement manifesté d'une manière quelconque (*Ulp. fr.* 17, *de novat.*). Dans un autre sens, la délégation se prend pour la novation même qui s'opère par la stipulation. (*Ulp. fr.* 11, *pr. et* § 1, *eod.*)

(2) V. § 2, *de mandat.*; *Caius*, 2 *inst.* 38. La délégation, suivie de novation par changement de créancier, fut long-temps le seul moyen dont on put se servir pour transférer une créance (*Caius* 2 *inst.* 38). La vente que le créancier faisait de ses droits ne transférait pas son action à l'acheteur (790), lorsque Antonin-le-Pieux permit à ce dernier d'agir contre le débiteur par action utile. (*C.* 5, *de hered. vel act. vend.*)

(3) *Forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur* (*text. hic*). Comment l'accession d'un fidéjusseur peut-elle opérer novation? Ce n'est pas en stipulant du débiteur même que le créancier engage un fidéjusseur, mais en stipulant d'une tierce personne qui s'oblige pour le débiteur et avec lui, sans le libérer, et par conséquent sans novation. Il est probable

il serait repoussé par l'exception de dol (1).

1112. La stipulation que nous avons considérée jusqu'ici comme forme de la novation n'en était cependant pas la forme exclusive. On novait aussi ou par une obligation littérale tombée en désuétude au temps de Justinien, ou par la *litis contestatio* dont nous avons parlé précédemment (1023).

Il paraît que très-anciennement on se servait à Rome de registres domestiques, sorte de comptes courans où le père de famille inscrivait, sous le nom de ceux avec lesquels il était en relation, l'actif (*acceptum*) et le passif (*expensum*) de chacun. Au temps de Caïus on employait encore cette espèce d'écriture, et ce qu'on portait au *debet* d'un individu (*expensum*) constituait, entre les mêmes personnes ou par intervention d'un nouveau débiteur, une obligation nouvelle qui se formait *nominibus transcriptis* (2), et servait à opérer novation.

1113. Nous aurons occasion de revenir plus loin (V. § 5, *de except.*) sur la LITIS CONTESTATIO et sur la novation qui en résulte (*Ulp. fr.* 11, § 1, *de novat.*; *Gordian. C.* 3, *eod.*), au moins en certains cas (*Caius*, 3 *inst.* 180, 181; 4 *inst.* 107, 108); novation dont nous avons déjà vu quelques effets (985, 1025), et qui du reste ne peut qu'améliorer la position du demandeur, relativement au défendeur contre qui se donne l'action. (V. § 1 *in fin.*, *de perp. et temp.*; *Paul. fr.* 86 et 87, *de reg. jur.*) A cet égard, la *litis contestatio* diffère essentiellement de la novation conventionnelle, qui, en éteignant l'obligation primitive, anéantit les priviléges, les gages, les hypothèques et autres accessoires dépendant de cette même obligation. (*Paul. fr.* 18 *et* 29; *Julian. fr.* 15; *Papin. fr.* 27, *de novat.*)

§ I ET II.

1114. Lorsque le créancier consent à recevoir et reçoit ou une chose pour une autre, ou un engagement nouveau en place d'un engagement primitif, il y a, dans le premier cas, paiement (*pr.*, *h. t.*), dans le second, novation (1107); et la dette s'éteint, de quelque manière qu'elle ait été formée. Arrive-t-on au même résultat par le simple consentement des parties qui s'accordent à dissoudre l'obligation, sans que le créancier ait rien à recevoir? Puisque les obligations, ou du moins les contrats, se forment par un concours de volontés, on doit naturellement les détruire par un concours de volontés contraires; mais, comme le consentement ne suffit pas toujours pour lier les personnes, il ne suffit pas non plus pour les délier s'il n'est pas accompagné de circonstances semblables à celles qui ont fait naître l'obligation: car c'est un principe du droit civil, qu'un engagement se détruit de la même manière qu'il a été formé. (*Pompon. et Papin. fr.* 80 *et* 95, § 12, *de solut.*; *Ulp. et Caius*, *fr.* 35 *et* 100, *de reg. jur.*)

Ainsi l'obligation formée (*verbis*) par stipulation se dissout *aliis verbis* (§ 1), lorsque le créancier, consentant à faire remise de la dette (*si velit remittere*, § 1, *h. t.*; *Caius*, 3 *inst.* 169), répond à l'interrogation du débiteur. Observez qu'en l'interrogeant on lui demande non pas s'il consent à libérer le débiteur, mais s'il se considère comme payé, comme ayant reçu la chose promise: HABES-NE ACCEPTUM? HABEO, ACCEPTUMQUE TULI (§ 1 et 2, *h. t.*). De cette formule même est venu le mot *acceptilatio* qui rappelle toujours l'idée de paiement, lors même qu'on le fait consister dans une simple fiction. Aussi ce paiement imaginaire (*imaginaria solutio*) a-t-il tous les effets d'un véritable paiement (*Ulp. fr.* 7, § 1, *de liber. leg.*; *fr.* 16, *pr. et* § 1; *fr.* 13, § 7, *de acceptil.*); et parce que le paiement, qui peut être total ou partiel, ne se fait point à terme ou sous condition, on applique les mêmes règles à l'acceptila-

qu'il ne s'agit pas précisément ici de la fidéjussion même, mais de la clause ajoutée au nouveau contrat soit pour astreindre le débiteur à fournir telle ou telle sûreté, soit, au contraire, pour l'en dispenser. Quoiqu'il en soit, le *fidejussor* de Justinien remplace le *sponsor* de Caius, et ce jurisconsulte (3 *inst.* 177, 178) nous avertit que les Proculéiens considéraient l'addition ou la suppression du *sponsor* comme indifférente relativement à la novation.

(1) *Caius*, 3 *inst.* 179. Il paraîtrait n'en être pas tout-à-fait ainsi lorsque la stipulation conditionnelle se fait avec une tierce personne. (V. *Caius*, *fr.* 30, § 2, *de pact.*) La novation ne s'opère et ne libère le débiteur qu'à l'événement de la condition; mais dans l'intervalle on ignore par qui sera due la chose, et cette incertitude suffit pour que le premier débiteur ne reste pas débiteur pur et simple; il ne doit que pour le cas où la nouvelle obligation et la novation ne s'accompliront point, comme s'il avait primitivement contracté sous la condition opposée. (*Javol. fr.* 36, *de reb. cred.*; *Paul. fr.* 60, § 1, *de cond. ind.*; V. 762.)

(2) *Pr. de litt. obl.*; *Caius*, 3 *inst.* 128 *et seqq.* Consultez aussi Théophile (*liv.* 3, *tit.* 21), mais avec précaution.

tion (§ 1 *in fin.*, *h. t.*; *Ulp. fr.* 5; *Pompon. fr.* 4, *de accept.*).

1115. Ce genre de libération s'applique spécialement aux obligations verbales (§ 1, *h. t.*; *Ulp. fr.* 8, § 3, *de acceptil.*); toutefois, comme les autres obligations sont toutes susceptibles d'être novées, et conséquemment remplacées par une stipulation, l'acceptilation qui dans ce cas éteindrait ce dernier contrat, opérerait toujours une remise indirecte de la dette primitive, et, par exemple, d'un MUTUUM (§ 1, *h. t.*; *Caius*, 3 *inst.* 170; *Venul. fr.* 21, *de acceptil.*; *Ulp. fr.* 17, *de donat.*). Remarquez à cette occasion la formule de l'acceptilation dite Aquilienne (§ 2, *h. t.*; V. *Ulp. fr.* 4, *de transact.*).

1116. Cette précaution de nover l'obligation qui n'a pas été contractée *verbis*, ne serait même pas nécessaire s'il s'agissait de dissoudre une vente ou tout autre contrat purement consensuel, sur lequel l'acceptilation opère indépendamment de sa forme, et seulement comme indice de la volonté des parties. (*Julian. fr.* 5, *de rescind. vend.*; *Paul. fr.* 23, *de accept.*)

§ IV.

En effet, le simple consentement, lorsqu'il a suffi pour former un contrat, suffit aussi pour le dissoudre (*text. hic*), et alors les parties sont respectivement affranchies des engagemens qu'elles n'avaient pas encore remplis (*re nondum secuta*; *text. hic*; *Paul. fr.* 3, *de rescind. vend.*): car autrement l'exécution même du contrat aurait déjà éteint les obligations qu'il avait produites; et si les parties, pour rétablir les choses dans leur état primitif, convenaient de reprendre respectivement ce qu'elles ont payé ou livré, elles feraient par cela seul un nouveau contrat, une seconde vente, par exemple, mais la propriété transférée à l'acheteur ne reviendrait au vendeur que par une rétrotradition. (V. *Nerat. fr.* 58, *de pact.*; *Gordian. C.* 1, *quand. lic. ab empt.*)

FIN DU LIVRE TROISIÈME.

LIVRE QUATRIÈME.

TITRE PREMIER.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT D'UN DÉLIT.

PR.

1117. On a distingué quatre classes de contrats d'où naissent des obligations réelles, verbales, littérales, ou consensuelles (§ 2, *de oblig.*) : celles qui résultent des délits sont toujours réelles, en ce sens que pour se lier par un délit il ne suffit jamais ni de le vouloir, ni de manifester cette volonté verbalement ou par écrit. (V. *Ulp. fr.* 52, § 19, *de furt.*) Il faut commettre le fait constitutif du délit, et alors l'obligation et l'action naissent du fait (*ex facto; Ulp. fr.* 25, § 1, *de obl. et act.*), ou, pour parler plus exactement, du méfait (*ex ipso maleficio; text. hic*); car les délits supposent un fait nuisible et répréhensible.

Ils exposent le délinquant à être poursuivi, tantôt par tout citoyen indistinctement, tantôt par certaines personnes déterminées. Dans le premier cas, il y a PUBLICUM JUDICIUM (*pr. et* § 1, *de publ. jud.*); dans le second, délit privé. Justinien (*text. hic*), d'après Caïus (3 *inst.* 182; *fr.* 4, *de obl. et act.*), s'occupe de quatre délits privés : le vol, le rapt, le dommage et l'injure. D'autres méfaits non moins répréhensibles, non moins préjudiciables, produisent aussi des actions du même genre; cependant l'action de dol, l'action *servi corrupti* (V. § 8, *h. t.*; § 23, *de action.*) et plusieurs actions pénales (V. § 24 *et* 25, *eod.*) ne se trouvent point énumérées parmi les actions *ex maleficiis proditæ* (§ 18 *et* 19, *eod.*). On se réfère constamment (1) aux délits précités, comme si le mot VELUTI indiquait une citation limitative plutôt qu'énonciative. Caïus et Justinien ont-ils énuméré les délits? se sont-ils contentés de choisir quelques exemples? Pour répondre à cette question, il faudrait préciser le sens que les Romains attachaient aux mots DELICTUM et MALEFICIUM : les textes ne le disent pas, et les interprètes sont loin de s'accorder. (V. 1147.)

Ce titre est spécialement consacré aux obligations qui résultent du vol.

§ I ET II.

1118. L'étymologie du mot *furtum* (§ 2, *h. t.*) n'exige aucune explication; la définition du vol (§ 1, *h. t.*) donnera lieu de rappeler ici quelques notions déjà exposées. Nous avons vu (468) que les objets mobiliers sont seuls susceptibles d'être volés, parce qu'on ne vole point une chose sans la déplacer (V. *Pompon. fr.* 15, *ad exhib.*; *Paul. fr.* 3, § 18, *de adquir. vel amitt. poss.*); on ne la vole pas davantage lorsqu'on la déplace sans intention ou dans une tout autre intention que celle de voler, *sine affectu furandi* (§ 7, *h. t.* § 4 *et* 5, *de usuc.*; § 1, *de vi bon. rapt.*; V. 467). Aussi notre texte fait-il consister le vol dans une soustraction, c'est-à-dire dans un déplacement frauduleux (*contrectatio fraudulosa*), et pour mieux préciser le genre de fraude qui caractérise le vol, plusieurs éditeurs ajoutent LUCRI FACIENDI GRATIA. (V. *Paul. fr.* 1, § 3, *de furt.*; *fr.* 8, § 2, *arb. furt. cæs.*; V. § 16 *et* 47, *de div. rer.*) En effet, le voleur n'agit pas seulement pour nuire aux autres, il cherche principalement soit le profit, soit l'avantage (2) que peut procurer la chose (*vel ipsius rei*) et même le simple

(1) *Pr.*, § 1 *et* 4, *de noxal.*; § 1, *de perp. et temp.*; *Caius*, 4 *inst.* 76, 112, 182. Je citerais encore le § 2, *de pœn. tem. lit.*, si l'action *de dolo* ne s'y trouvait mentionnée par addition au texte de Caius (4 *inst.* 182).

(2) Il y a *lucrum* sans profit dans l'avantage que l'on trouve à obliger et à rendre service. C'est ainsi que l'on vole pour donner à autrui. (*Caius, fr.* 54, § 1, *de furt.*)

usage ou la possession de cette chose (*vel etiam usus possessionisve*).

§ VI.

Ainsi le dépositaire ou le créancier gagiste qui se sert de la chose remise entre ses mains commet un vol d'usage (V. *text. hic*; *Paul.* 2 *sent.* 31, § 29). Il en est de même du commodataire lorsqu'il use autrement qu'il ne doit user, notamment lorsqu'il prête à d'autres la chose qu'on lui a prêtée (*Caius, fr.* 54, § 1, *de furt.*; 3 *inst.* 196.) et dans plusieurs autres cas cités par notre texte.

§ VII et VIII.

1119. Ce qu'on vient de dire du commodataire s'applique à celui qui agit sciemment contre la volonté du propriétaire. Autrement, si l'on se croyait certain du consentement et de la permission de ce dernier, on ne commettrait aucun délit (*extra crimen videri*; § 7, *h. t.*). Point de vol, en effet, SINE AFFECTU FURANDI (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 197; V. *Paul.* 2 *sent.* 31, § 27).

Réciproquement, ceux qui agissent contre les intentions qu'ils supposent au propriétaire, ne commettent pas réellement le vol qu'ils veulent et croient commettre, lorsque, sans le savoir, ils font ce que le maître connaît et permet (*furtum non fierit*, § 8, *h. t.*; *Caius*, 3 *inst.* 198.). Suivant Pomponius (*fr.* 46, § 8, *de furt.*) au contraire, le vol existe; mais il ne produit aucune obligation, aucune action, sans doute parce qu'il ne peut causer aucun préjudice. (V. *Ulp. fr.* 145, *de reg. jur.*; *Vinnius, hic.*)

Remarquez, à cet égard, la question qui s'est élevée parmi les anciens jurisconsultes, et la décision par laquelle Justinien accorde et l'action *furti* et l'action *servi corrupti* (§ 8, *h. t. C.* 20, *de furt.*), dans un cas où l'on refusait l'une et l'autre (*Caius*, 3 *inst.* 198; *Paul.* 3 *sent.* 31, § 33). Les jurisconsultes ne punissaient que le délit consommé; Justinien croit devoir punir la tentative, *tanquam rei ipsa fuisset servus corruptus* (§ 8, *h. t.*; V. § 1, *de vi bon. rapt.*).

§ X.

1120. En général, on ne vole pas ce dont on est propriétaire (*Paul.* 2 *sent.* 31, § 21); cependant le débiteur qui, après avoir donné sa chose en gage, la soustrait au créancier, commet un vol, sinon quant à la chose même, du moins quant à la possession dont il prive le créancier (*text. hic*; § 14, *h. t.*; V. *Ulp. fr.* 12, § 2; *fr.* 19, § 5 *et* 6, *de furt.*). Il en est de même de l'usufruitier et du possesseur de bonne foi, à qui la chose serait soustraite par le propriétaire. (*Paul. fr.* 20, § 1, *eod.*; V. *Caius*, 3 *inst.* 200.)

§ IX.

1121. On vole les choses, les personnes qui sont considérées comme choses, c'est-à-dire les esclaves, et même les personnes libres, lorsqu'elles sont *alieni juris*. (*Caius*, 3 *inst.* 199; V. *Ulp. fr.* 14, § 13, *de furt.*) Nous savons, en effet, que le père de famille revendiquait en vertu du domaine quiritaire les enfans soumis à sa puissance. (*Ulp. fr.* 1, § 2, *de rei vind.*)

§ XVIII.

1122. C'est par l'intention que la soustraction devient frauduleuse, prend les caractères du vol et devient obligatoire; pour s'obliger de cette manière, il faut donc agir avec un discernement, dont l'impubère est incapable tant qu'il n'est pas *pubertati proximus* (*text. hic*; *Caius*, 2 *inst.* 208). La même règle s'applique aux autres délits. (V. *Ulp. et Paul. fr.* 23 *et* 24, *de furt.*; *Caius*, *fr.* 111, *de reg. jur.*)

Observons qu'il s'agit des impubères en général. Relativement aux contrats, on distingue l'impubère de famille et l'impubère *sui juris* ou le pupille : le fils premier ne s'oblige jamais, même avec l'autorisation paternelle; le pupille au contraire s'oblige avec l'autorisation de son tuteur, même avant d'être *pubertati proximus*, dès qu'il est sorti de l'enfance (1002; § 10, *de inutil. stip.*)

§ III et IV.

1123. Justinien distingue plusieurs sortes de vol, ou pour mieux dire, plusieurs actions qui se donnaient et ont cessé de se donner à l'occasion du vol (*text. hic*). Je me contenterai, à cet égard, de renvoyer

aux sources (V. *Caius*, 3 *inst.* 186, 187, 188, 191 *et seqq.*; *Paul.* 2 *sent.* 31, § 2, 3 *et* 5); je ferai seulement remarquer ici la distinction générale des vols manifestes et non manifestes (§ 3, *h. t.*; *Caius*, 3 *inst.* 184).

La qualification de voleur manifeste, restreinte, suivant quelques jurisconsultes, au voleur pris sur le fait, devait s'étendre, suivant d'autres, au voleur pris dans le lieu où le délit a été commis, et même, suivant quelques-uns, au voleur pris partout ailleurs, pourvu qu'il ne fût pas encore arrivé au lieu où il voulait transporter la chose. Cette opinion a prévalu sur les deux précédentes et sur une quatrième, d'après laquelle on considérait comme voleur manifeste celui qui serait trouvé nanti de l'objet volé, quelque part et en quelque temps que ce fût (§ 3, *h. t.*; *Caius*, 3 *inst.* 184, 185; *Paul.* 2 *sent.* 31, § 2).

§ V.

1124. La peine du vol non manifeste a toujours été fixée pécuniairement au double. (*Caius*, 3 *inst.* 190.) La loi des Douze-Tables avait infligé au voleur manifeste une peine capitale qui n'était pas la peine de mort, du moins pour les hommes libres; battus de verges et judiciairement attribués (*addicebatur*) au plaignant, ils subissaient une sorte de diminution de tête dont le caractère reste incertain. Devenaient-ils esclaves, étaient-ils simplement assimilés à l'individu *adjudicatus*? C'était une question pour les jurisconsultes que Caius appelle anciens; et c'est une autre question aujourd'hui de savoir quelle était la condition de celui qu'on appelle *adjudicatus*. (V. *Caius*, 3 *inst.* 189, 199; *Theoph. liv.* 4, *tit.* 12.)

Quoi qu'il en soit, les préteurs ont substitué à la peine capitale une peine pécuniaire. On agit dans ce cas au quadruple, sans distinguer si le voleur est libre ou esclave (*text. hic*; V. *pr.*, *de perp. et temp.*; *Caius*, 3 *inst.* 189); seulement, dans ce dernier cas, on agit contre le maître du voleur, et l'action devient noxale. (V. *liv.* 4, *tit.* 8.)

Le double ou le quadruple ne se calculent pas exclusivement sur la valeur de l'objet volé (V. *Javol. et Papin. fr.* 74; *fr.* 80, § 1, *de furt.*), mais en général sur l'intérêt du demandeur quel qu'il soit, et sur les chances que le vol lui a fait courir. (*Ulp. fr.* 27; *fr.* 52, § 28, *eod.*; V. § 13, *h. t.*; V. aussi les § 1, 9 *et* 10, *de leg. aquil.* avec leur explication.)

§ XI ET XII.

1125. La peine du vol n'est pas limitée à la personne du voleur; elle est encourue aussi par les recéleurs (§ 4 *in fin.*, *h. t.*; *Ulp. fr.* 48, § 1, *de furt.*), et par les individus *cujus ope et consilio furtum et factum est*, c'est-à-dire, comme le font voir les détails de notre texte (§ 11, *h. t.*) par ceux qui sciemment (*sciens cujus gratia*), à dessein (*consilio*) et avec discernement (1121; *Javol. fr.* 90, § 1, *eod.*), auraient donné, non pas simplement des conseils et des instructions (1), mais aide et assistance (*opem*) pour commettre le vol (§ 11, *h. t.*; *Caius*, 3 *inst.* 202; *Paul.* 2 *sent.* 31, § 10).

Ils sont tenus comme voleurs non manifestes (§ 4 *in fin.*, *h. t.*) dans tous les cas et indépendamment des actions que le délit pourrait d'ailleurs produire (*Paul. fr.* 34, *de furt.*; V. *Pompon. fr.* 35, *pr. et* § 1, *eod*), ou ne pas produire contre le voleur même. En effet, lorsqu'un esclave ou un fils de famille a volé son père ou son maître, l'unité d'intérêt qui existe entre eux empêche l'action de vol, comme toute autre action; le père de famille est aussi incapable d'agir contre les personnes soumises à sa puissance que d'agir contre soi-même (1003; § 6, *de noxal.*; *Paul. fr.* 16, *de furt.*). Toutefois le vol n'en subsiste pas moins avec toutes ses conséquences, soit relativement à l'usucapion de la chose (467, § 12, *h. t.*; *Diocl. et Maxim. C.* 10, *quod cum eo*), soit pour la peine encourue par ceux qui ont aidé le voleur (§ 12 *in fin.*; *Ulp. fr.* 36, § 1, *de furt.*).

Il en serait autrement si le vol n'avait pas été consommé. (V. *Ulp.*, *fr.* 52, § 19, *eod.*)

§ XIII.

1126. La peine du double et du quadruple est due par les personnes dont on

(1) § 11 *in fin.*, *h. t.*; *Paul. fr.* 53, § 2, *de verb. signif.*; *Ulp. fr.* 50, § 3, *de furt.* Voyez cependant Ulpien et Pomponius (*fr.* 36, *pr. et* § 1, *eod.*).

vient de parler, non pas précisément au maître de la chose volée, mais à quiconque avait intérêt de la conserver, intérêt que l'on a souvent sans être propriétaire, que le propriétaire n'a pas toujours, et d'après lequel on distingue ceux à qui appartient l'action FURTI (*text. hic*, *Caius*, 3 *inst.* 203; *Paul.* 2 *sent.* 31, § 4; *Ulp. fr.* 10, *de furt.*).

§ XIV, XV, XVI ET XVII.

Cette distinction dépend souvent de la responsabilité dont certaines personnes seraient tenues envers le propriétaire. Ainsi, par exemple, le dépositaire *custodiam non præstat* (§ 17, *h. t.*), en ce sens qu'il n'est pas tenu de payer la chose volée (969; § 3, *quib. mod. re contr.*). Ce n'est donc pas à lui, mais au maître de cette chose qu'appartiendra l'action de vol (§ 17, *h. t.*), si ce n'est lorsque par une convention spéciale (§ 2, *de vi bon. rapt.*) le dépositaire se sera soumis à la même surveillance dont serait naturellement tenu l'ouvrier à qui la chose a été remise pour un travail salarié, et le commodataire (1) qui en use gratuitement. L'un et l'autre *custodiam præstat* (§ 17, *h. t.*) : ils obtiendront donc l'action de vol, par préférence au maître de la chose, pourvu toutefois qu'ils soient solvables; car autrement l'obligation dont ils sont tenus n'offrirait pas au propriétaire une véritable garantie (§ 15, *h. t.*; *Caius*, 3 *inst.* 205, 206; V. *Ulp. fr.* 12; *fr.* 52, § 9; *Paul. fr.* 53, § 1, *de furt.*).

Le créancier gagiste est soumis à la même responsabilité (*Ulp. fr.* 14, *fr.* 13, § 1, *de pigner. act.*); il faudrait donc examiner aussi sa solvabilité, si la sûreté de sa créance ne lui donnait pas un intérêt indépendant de l'indemnité qu'il pourra devoir à son propre débiteur, intérêt que ne détruit pas entièrement la solvabilité de ce dernier (§ 14, *h. t.*; *Pompon. fr.* 25, *de reg. jur.*). Le créancier gagiste est donc au nombre de ceux qui peuvent toujours, et sans distinction (*omnimodo*, § 15, *h. t.*; *Ulp. fr.* 15, § 2, *de furt.*), exercer l'action de vol, comme le possesseur de bonne foi (2), le locataire, l'usufruitier, l'usager, etc. (§ 2, *de vi bon. rapt.*; *Ulp. fr.* 46, § 1 *et* 3, *de furt.*).

1127. Les personnes dont on vient de parler exercent l'action *furti* relativement à la chose d'autrui qui était entre leurs mains; dans le cas contraire, celui qui serait étranger à la détention comme à la propriété de l'objet volé n'aurait pas l'action, quel que fût d'ailleurs son intérêt. (V. *Caius*, *fr.* 49, *de furt.*; *Papin. fr.* 1, *de distract. pign.*) Ainsi, par exemple, lorsque l'objet stipulé ou acheté vient à être soustrait dans l'intervalle du contrat à la tradition, on refuse l'action *furti* au stipulant et à l'acheteur qui supportent les risques (*Paul. fr.* 66, § 5; *fr.* 85; *Papin. fr.* 80, *eod.*), pour l'accorder au promettant ou au vendeur qui, jusqu'à la tradition, conserve la propriété et la possession. Aussi l'acheteur ne peut-il obtenir cette action qu'en se la faisant céder par le vendeur (3), c'est-à-dire en se faisant autoriser par ce dernier à exercer au nom du vendeur l'action qui lui appartient. Cette autorisation se donne par un mandat, et alors le mandataire ou le cessionnaire agit comme *procurator in rem suam*.

§ XIX.

1128. L'action *furti* est purement pénale, *tantum ad pœnæ persecutionem pertinet*, c'est-à-dire que le double ou le quadruple se paie indépendamment de l'objet volé (§ 19, *de action.*), dont la restitution, quelle que soit d'ailleurs la personne qui exercerait l'action *furti*, doit toujours être faite au propriétaire et à lui seul (*text. hic*; *Ulp. fr.* 14, § 16, *de furt.*), soit qu'il agisse en cette qualité contre un détenteur quelconque par la revendication, soit qu'il poursuive le voleur par une condition (*text. hic*) dont le concours avec la revendication présente une exception sur laquelle on reviendra plus loin (§ 14, *de action.*)

Observez que la condiction furtive a lieu contre le voleur et même contre son héritier (*text. hic*; *Ulp. fr.* 7, § 2, *de cond. furt.*), tandis que les actions pénales, et conséquemment l'action *furti*, ne se don-

(1) Je ne porte pas ici des distinctions que Justinien a cru devoir établir relativement au commodataire. (*C* 22, *de furt.*) Notre texte (§ 16, *h. t.*) les expose assez et même trop longuement.

(2) § 15, *h. t.* Le possesseur de mauvaise foi n'a pas moins d'intérêt à conserver la chose; mais on ne veut pas qu'il profite EX IMPROBITATE SUA. (*Ulp. fr.* 12, § 1, *de furt.*; V. *Pompon. fr.* 76, § 1, *eod.*)

(3) § 3 *in fin.*, *de empt. vend.*; *Ulp. fr.* 14, *pr.*

peut jamais contre les héritiers du délinquant (§ 1, *de perp. et temp.*).

TITRE II.

DES BIENS ENLEVÉS PAR VIOLENCE.

PR.

1129. L'action VI BONORUM RAPTORUM (1), comme l'action QUOD METUS CAUSA (V. 25, 27 *et* 31, *de action.*) et l'interdit UNDE VI (V. § 6, *de interd.*), est un moyen de répression établi par le droit honoraire contre la violence, spécialement contre celle qui serait employée pour commettre un vol; on aggrave ainsi la peine que le ravisseur encourrait par l'action de vol (*ridiculum enim, etc.*; *text. hic in fin.*). En effet, l'action VI BONORUM RAPTORUM se donne pour le quadruple, même contre ceux qui n'ont pas été pris sur le fait (*sive comprehendatur in ipso delicto, sive non*). Or, l'action *furti* n'aurait lieu, dans ce cas, que pour le double (1124).

Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsqu'il y a flagrant délit, l'action *vi bonorum raptorum* reste la même, et alors, loin d'aggraver la peine du ravisseur, elle l'allégerait, si on la préférait à l'action de vol manifeste. En effet, celle-ci est perpétuelle (*pr.*, *de perp. et temp.*) et purement pénale; la condamnation au quadruple y est toujours indépendante de l'objet volé (1127; § 18, *de action.*), tandis que l'action *vi bonorum raptorum* comprend dans le quadruple la restitution de la chose. Ainsi la peine n'excède pas le triple (*text hic*; § 19, *de action.*), et pour l'obtenir il faut agir dans l'année (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 209; V. § 1, *de perp. et temp.*).

Le quadruple ne se calcule pas, comme dans l'action *furti*, sur l'intérêt que le demandeur avait à la conservation de la chose (1124), mais sur la valeur réelle de l'objet enlevé. (*Ulp. fr.* 2, § 13, *h. t.*)

§ I.

1130. L'enlèvement par violence autorise l'action *vi bonorum raptorum*, dans tous les cas où la soustraction clandestine donnerait lieu à l'action *furti* (§ 2, *in fin.*, *h. t.*; *Ulp. fr.* 2, § 23, *h. t.*). Conformément à cette règle générale, on applique ici les distinctions précédemment établies sur les choses (1118), sur l'intention du délinquant (1123), et sur les personnes qui peuvent agir contre lui (1127, 1128).

Ainsi l'action n'a lieu que pour les choses mobilières (*Gordian. C.* 1, *h. t.*), et dans le cas seulement où le ravisseur, ayant le discernement nécessaire (*Ulp. fr.* 2, § 19, *h. t.*), agirait effectivement dans une intention criminelle, *dolo malo* (*text. hic*; *Ulp. d. fr.* 2, § 18). Remarquez, à cet égard, la décision de notre texte sur les personnes qui se mettaient par force en possession des choses dont elles sont ou croient être propriétaires. Leur bonne foi suffit pour les soustraire à l'action *furti* et à l'action *vi bonorum raptorum* (*text. hic*; § 7, *de usuc.*); mais comme on ne doit jamais se faire justice par soi-même, Ulpien (*d. fr.* 2, § 18) nous avertit qu'elles encourent une autre punition qu'il n'indique pas.

Justinien se réfère ici aux peines pécuniaires établies par Théodose (*C.* 7, *unde vi*; V. § 6, *de interd.*), pour empêcher le propriétaire, ou celui qui se considère comme tel, d'enlever les choses mobilières *quæ rapi possunt*, et d'envahir les immeubles (*text. in fin.*).

§ II.

1130. L'explication de ce texte rentre dans celle que nous avons donnée au titre précédent, sur les § 13, 14, 15, 16 *et* 17. Néanmoins, et malgré la similitude que Justinien annonce ici (*text. in fin.*), d'après Ulpien (*fr.* 2, § 23, *h. t.*), ce jurisconsulte admet, relativement aux dépositaires, une différence réelle entre l'action *furti* et l'action *vi bonorum raptorum*. On leur accorde la seconde plus facilement que la première (*d. fr.* 2, § 24).

---

et § 1, *de furt.* Paul (2 *sent.* 31, § 17) donne l'action de vol au vendeur et à l'acheteur. *V.* Pothier (*Pand. just.* XLVII, II, 65).

(1) *Vi bonorum raptorum* est une contraction : la phrase complète et régulière serait *actio bonorum vi raptorum*. Ainsi la rubrique qui se trouve aux Pandectes (*liv.* 47, *tit.* 8, *de vi bonorum raptorum*) et que les éditeurs transcrivent communément ici, en tête de notre titre, doit s'entendre comme s'il y avait *de actione bonorum vi raptorum*. V. *Vinnius*, *hic*.

Ulpien emploie ici deux expressions (*in bonis, ex bonis*) dont il importe de déterminer le sens :

IN BONIS. Un citoyen romain avait *in bonis* les choses par lui acquises conformément au droit des gens, tandis qu'il était *dominus ex jure quiritium* de celles qu'il avait acquises conformément aux règles du droit civil (V. *Caius*, 2 *inst.* 40, 41 *et* 65). Dans les Institutes de Justinien, cette distinction n'existe plus ; on a *in bonis* tout ce dont on est propriétaire : néanmoins cette expression prend quelquefois un sens beaucoup plus étendu. (V. *Modest. fr.* 52, *de adquir. rer. dom.; Ulp. fr.* 49, *de verb. sign.*)

EX BONIS. La chose d'autrui est *ex bonis* pour quiconque aurait un intérêt susceptible d'être compromis par la perte de cette chose, à raison de ses droits sur elle, *ut interest ejus non rapi*, ou des obligations dont il serait tenu *sicut intersit ejus eam rem non auferri* (*text. hic*).

TITRE III.

DE LA LOI AQUILIA.

PR.

1131. La loi Aquilia est un plébiscite porté l'an de Rome 528, sur la proposition du tribun Aquilius (§ 15, *h. t.; Ulp. fr.* 1, § 1, *ad leg. aquil.*), et qui, dérogeant aux dispositions contenues dans les lois antérieures et même dans celle des Douze-Tables sur le même sujet (*Ulp. fr.* 1, *eod.*), a établi une action dite *legis Aquiliæ* (§ 19, *de action.*; § 16, *h. t.*), à cause de son origine, et DAMNI INJURIÆ (§ 23, *de action.*; § 1, *de pæn. tem. lit.*) ou DAMNI INJURIA (*text. hic*), parce qu'elle punit le DAMNUM INJURIA *factum*. (V. *Ulp. fr.* 3, *eod.*) En effet, pour être soumis à cette action, il ne suffit pas d'avoir causé un dommage, un tort, une diminution quelconque à la fortune d'autrui (*Paul. fr.* 3, *de damn. inf.*) ; il faut l'avoir causé INJURIA (*Ulp. fr.* 3, *ad leg. aquil.*).

§ II, III, IV, V, VI, VII, VIII ET XIV.

C'est-à-dire, en faisant ce qu'on n'avait aucun droit de faire, *nullo jure* (§ 2, *h. t.*); car ici *injuria* désigne tout ce qui a lieu *non jure* ou *contra jus*, à tort, et par une faute (*pr., de injur.; Ulp. fr.* 5, § 1, *ad leg. aquil.*), quelque légère qu'elle puisse être (*levissima; Ulp. fr.* 44, *eod.*), et lors même qu'il n'y aurait aucune intention de nuire (§ 3, *h. t.; Ulp. d. fr.* 5, § 1). C'est ainsi qu'un exercice ou un travail dangereux peuvent, en certaines localités, et à défaut de certaines précautions, constituer une faute (§ 4 *et* 5, *h. t.*; V. *Paul. fr.* 10, *ad leg. aquil.*) qui résulte également de l'impéritie et même de la faiblesse (§ 7 *et* 8 *h. t.*), lorsqu'une personne entreprend témérairement ce qui surpasse son talent ou ses forces. Dans ces différens cas, s'il arrive un dommage, il oblige ceux qui l'ont causé.

1132. Pour échapper à cette responsabilité, il faut n'avoir aucune espèce de faute à s'imputer (*nulla culpa ejus*; § 3, *h. t.*) relativement au dommage que l'on cause ou par cas fortuit (§ 3, *h. t.*), ou en faisant ce que le droit permet et autorise. (*Caius*, 3 *inst.* 211; *Paul. fr.* 151, *de reg. jur.*) Ainsi, par exemple, on peut abattre la maison du voisin pour arrêter un incendie (*Ulp. fr.* 49, § 1, *ad leg. aquil.*); on peut repousser la force par la force (*Paul. fr.* 45, § 4, *eod.*), et même tuer ceux contre l'attaque desquels on n'a aucun autre moyen de défense (§ 2, *h. t.; Caius et Ulp. fr.* 4 *et* 5, *ad leg. aquil.*). Dans ces différens cas, si l'on fait mourir un esclave, le maître n'a aucune action.

§ XII.

1133. On distingue dans la loi Aquilia trois chefs différens. Le second, dont je parlerai d'abord, établissait une action contre l'adstipulateur (1016) qui, pour frauder le stipulant, aurait fait remise de la dette au promettant, en le libérant par acceptilation. (V. *Caius*, 3 *inst.* 215 *et* 216.) Ce second chef est tombé en désuétude (*text. hic*), lorsque les adstipulateurs eux-mêmes sont devenus inutiles, c'est-à-dire dès que Justinien permit à chacun de stipuler *post mortem suam* (§ 13, *de inutil. stip.*).

PR. ET § I.

1134. Le premier chef statue sur le dom-

mage résultant de la mort des esclaves ou des quadrupèdes appelés PECUDES (*pecudum numero, pr., h. t.*), parce qu'ils paissent et vivent de pâturage (*quæ propriè pasci dicuntur*; § 1, *h. t.*), comme les chevaux, les bœufs, les moutons, etc. On comprend sous la même dénomination les porcs (*quia gregatim pascuntur*, § 1, *h. t.*), ainsi que les éléphans et les chameaux, à l'exclusion des chiens, des ours, des lions et autres animaux sauvages (*d.* § 1, *h. t.*; *Caius*, *fr.* 2, § 2, *ad leg. aquil.*).

L'action donnée en vertu du premier chef de la loi Aquilia produit une condamnation égale à la plus haute valeur que l'esclave ou le quadrupède a eue dans l'année qui a précédé sa mort (1).

§ IX.

Voyez, dans le texte même, l'application de cette règle, et observez comment la condamnation qu'elle entraîne surpasse souvent l'estimation du dommage; ainsi l'action, ne tendant pas seulement à indemniser le demandeur, devient pénale, et conséquemment ne se donne point contre les héritiers du délinquant (*text. hic*; V. § 3 *in fin.*, *de obl. quasi ex del.*; § 19, *de action.*; § 1, *de perp. et temp.*); si ce n'est lorsqu'ils profitent du délit. (*Ulp. fr.* 23, § 8, *ad leg. aquil.*)

Dans l'action *furti*, le double ou le quadruple se calculent sur la plus haute valeur que la chose a eue pendant tout le temps qu'elle est restée en la possession du voleur. (*Cels. fr.* 67, § 2, *de furt.*)

§ X ET XI.

En perdant une chose on perd sa valeur absolue et souvent aussi une valeur relative résultant, par exemple, pour un esclave, de l'hérédité qui lui aurait été déférée, et pour un animal, de sa similitude avec un ou plusieurs autres, similitude qui permettait de les apparier ou d'en former un attelage. La mort de cet animal déprécie les autres, et celle de l'esclave fait perdre l'hérédité qu'il ne peut plus acquérir à son maître (677).

La loi Aquilia ne s'était point exprimée sur cette valeur relative; mais on a jugé par interprétation, qu'il en faut tenir compte au propriétaire (V. § 10, *h. t.*; *Caius*, 3 *inst.* 212), en comparant l'avantage qu'aurait eu pour lui la conservation de la chose, et le désavantage qui résulte de sa perte. La différence (*quanti interfuit*, *quod interest*; *Ulp. fr.* 21, § 2, *ad leg. aquil.*) forme ce qu'on appelle son intérêt, et la base de la condamnation (V. *Paul. fr.* 22, *pr. et* § 1; *Ulp. fr.* 23, *pr.*, § 4 *et* 6, *eod.*)

C'est ce même intérêt que l'action *furti* multiplie au double ou au quadruple. (V. *Ulp. fr.* 52, § 28; *Cels. fr.* 67, § 1, *de furt.*).

Voyez, pour l'explication du § 11, celle du § 10 au titre suivant.

§ XIII, XIV ET XV.

1135. Le troisième et dernier chef de la loi Aquilia établit une action pour tous les dommages autres que ceux spécifiés dans les premiers chefs (§ 13, *h. t.*); la teneur même de cette loi, telle qu'elle est rapportée par Caïus (*fr.* 2, *ad leg. aquil.*) et par Ulpien (*fr.* 21; *fr.* 27, § 5, *eod.*), justifie la double observation de notre texte sur la différence des époques auxquelles le premier chef et le troisième permettent de remonter pour déterminer la valeur des choses (§ 14, *h. t.*), ainsi que sur le mot PLURIMI exprimé dans le premier chef, omis, et, suivant les Sabiniens, sous-entendu dans le troisième (§ 15, *h. t.*).

Voyez d'ailleurs le texte, en le comparant avec Caïus (3 *inst.* 217 *et* 218) et Ulpien (*d. fr.* 5, § 27 *et seqq.*, *ad leg. aquil.*).

§ XVI.

1136. La loi Aquilia donne une action contre ceux qui ont tué (*occiderit*; *Caius*, *fr.* 2, *ad leg. aquil.*), blessé, brisé, rompu, brûlé, et en général contre ceux qui ont fait le dommage (*damnum facit*; *Ulp. fr.* 27, § 5, *eod.*). Or, suivant les jurisconsultes il existe une grande différence entre faire et occasioner, entre les faits qui produisent le dommage, qui donnent la

(1) *Pr.*, *h. t*; *Caius*, 3 *inst.* 210; *fr.* 2, *ad leg. aquil.* Observez d'ailleurs que les condamnations prononcées en vertu de la loi Aquilia montent au double, lorsque le défendeur a nié le fait (§ 7, *de obl. quæ quasi ex contr.*; § 19, 23 *et* 26, *de action.*; § 1, *de pœn. tem. lit.*).

mort, et les faits qui, sans avoir ce résultat immédiat, en seraient seulement devenus la cause (*causam præstitit; Ulp. fr.* 7, § 6; *fr.* 9; *fr.* 11, § 1, *eod.*). L'action directe de la loi Aquilia n'a lieu que pour les faits dommageables par eux-mêmes, indépendamment de toute autre circonstance (*Javol. fr.* 57, *locat.*), et seulement contre les personnes qui ont fait le dommage *corpore suo* (*text. hic*) en tenant la chose ou en la touchant (V. *Ulp. fr.* 11, § 5, *ad leg. aquil.*) soit avec les mains (*suis manibus; Ulp. fr.* 9, *eod.*), les pieds, la tête, ou toute autre partie du corps, soit avec un instrument qu'elles ont personnellement dirigé. (V. *Ulp. fr.* 7, § 1; § 9, § 1, *fr.* 29. § 2, *eod.*)

Le dommage causé de toute autre manière donne encore lieu d'appliquer la loi Aquilia : mais ce n'est plus directement et dans les termes de la loi même qu'on agit; c'est d'après son esprit (*ex sententia legis Diocl. et Max. C.* 6, *h. t.*), et par extension de ses dispositions à un cas semblable (*ad exemplum legis; Nerat. fr.* 53, *ad leg. aquil.*) Alors on arrive au même résultat par une action utile (*text. hic; Caius*, 3 *inst.* 219; V. *Paul. fr.* 47, § 1, *de negot. gest.*), pourvu toutefois que le fait dont on se plaint ait lésé, c'est-à-dire détruit, blessé, dégradé ou détérioré un objet corporel (*corpus læsum*); car on peut nuire à autrui sans faire le moindre mal aux choses qui lui appartiennent, comme le démontrent les derniers mots de notre texte, et l'exemple qui s'y trouve rapporté. Dans ce cas et autres semblables, il faudrait intenter une action *in factum* (*text., hic in fin.*; *Paul. fr.* 33, § 1, *ad leg. aquil.*) Ainsi l'on agirait directement en vertu du troisième chef de la loi contre l'auteur de l'alliage qui aurait altéré mon vin ou mon huile (§ 13 *in fin.*; *Ulp. fr.* 27, § 15, *eod.*) On agirait *in factum*, dans le cas où un mélange de grains difficiles à séparer conserve cependant à chacun d'eux sa nature et sa qualité primitive. (V. *Ulp. d. fr.* 27, § 14 *et* 20.).

1137. Cette distinction entre l'action *in factum* et l'action de la loi Aquilia utile est d'autant plus remarquable ici, que le Digeste semblerait les confondre. On y donne une action *in factum* pour agir *ad exemplum legis* (*Nerat fr.* 53, *ad leg. aquil.*) contre ceux qui ont causé la destruction d'une chose, la mort d'un animal ou d'un esclave (*Ulp. fr.* 29, § 5; *fr.* 49; *fr.* 11, § 1; *fr.* 7, 3, *eod.*), et dans les cas même où notre texte accorde expressément l'action utile. (V. *Nerat. fr.* 53; *Ulp. fr* 9, § 2 *et* 3, *eod.*) C'est qu'en effet les actions *in factum*, introduites pour suppléer à l'insuffisance des actions directement et primitivement établies, sont ou civiles (V. *Pap. fr.* 1, *de præscr. verb.*) ou prétoriennes (*Pompon. fr.* 11, *eod.*), selon qu'elles ont été établies par les jurisconsultes ou par les édits des magistrats. Le nom d'action *in factum*, sans autre désignation, s'applique spécialement à ces dernières, qui ne s'intentent qu'au défaut des autres. (V. *Ulp. fr.* 7, § 2, *de pact.*) C'est ainsi que notre texte permet d'agir *in factum*, lorsqu'on ne peut exercer ni l'action directe de la loi Aquilia, ni l'action utile (*cum non sufficiat, etc.*) qui paraît être une action *in factum* civile. Voyez le titre 5; *Janus a Costa* et *Vinnius, hic.*

On agit souvent en vertu de la loi Aquilia contre les personnes que l'on pourrait poursuivre en vertu d'une autre obligation, par exemple, contre les dépositaire, locataire, commodataire, etc.; et alors on a le choix entre l'action qui résulte du contrat ou celle qui résulte du délit. (*Julian. fr.* 42; *Ulp. fr.* 7, § 8, *fr.* 27, § 11, *ad leg. aq.*; *fr.* 7, § 1, *commod.*; *Caius, fr.* 25, § 5, *locat. cond.*)

TITRE IV.

DES INJURES.

PR.

1138. Le mot *injuria*, dont l'acception générale embrasse tout ce qui est contre le droit (1131; *text. hic*), prend, dans un sens spécial, trois significations différentes. Il exprime tantôt l'injustice, l'iniquité (*injustitia, iniquitas*) que souffrent les personnes illégalement condamnées par un magistrat ou par un juge (*text., hic in fin.* V. *pr., de obl. quasi ex del.*); tantôt la faute (*culpa*) qui produit le *damnum injuriæ* ou *injuria datum*, et dont il a été parlé au titre précédent; tantôt, et particulièrement dans ce titre, l'outrage et l'affront (*contumelia*) qui affectent directement une personne, blessent soit sa dignité, soit sa ré-

putation (V. *Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 2, *h. t.*), violent sa propriété (1), ou entravent la liberté de ses actions et l'exercice de ses droits. (V. *Paul. et Ulp. fr.* 23 *et* 24, *eod.*)

§ I.

En effet, l'injure résulte non-seulement des coups reçus par une personne, et des propos offensans (*convicium*) tenus sur son compte, des écrits diffamatoires (*libellum aut carmen*) publiés contre elle, mais aussi d'une multitude d'autres faits (*multis aliis modis*), dont aucun toutefois ne constitue le délit d'injures qu'à raison de l'intention qui dirigeait leur auteur ; car nul n'injurie sans le savoir et sans le vouloir. (V. *Ulp. fr.* 3, § 1, 2, 3 *et* 4, *h. t.*; *Paul. fr.* 4, *eod.*; 5 *sent.* 4, § 2.)

Parmi les exemples de notre texte, remarquez celui d'un prétendu créancier faisant saisir les biens d'une personne qui ne lui doit rien, et qu'il sait ne lui rien devoir ; remarquez aussi l'injure qui résulte de certaines assiduités et de l'attentat à la pudeur.

Assectari se dit d'une personne qui suit une autre sans parler. (V. *Ulp. fr.* 15, § 22, *h. t.*) On appelle ici *matrem familias* toute femme de bonnes mœurs, mariée ou veuve, ingénue ou affranchie (V. *Ulp. fr.* 46, § 1, *de verb. sign.*); et *prætextatum*, *prætextatam*, les individus de l'un ou de l'autre sexe portant encore la robe prétexte que les adolescens quittaient en se mariant, ou, au plus tard, après avoir accompli leur seizième année. (V. *Ulp. fr.* 3 *in fin.*, *de liber. exhib.*; *Theoph. et Vinnius, hic.*)

Pudicitia attentata se dit de tous les moyens employés envers une personne pour lui faire oublier les lois de la pudeur. (*Paul. fr.* 10, *h. t.*)

§ II.

1139. L'injure faite aux fils de famille rejaillit sur l'ascendant à la puissance duquel ils sont soumis (*text. hic*), du moins lorsque telle a pu être l'intention du délinquant (V. *Paul.* 5 *sent.* 4, § 3), c'est-à-dire lorsqu'il a su injurier un individu *alieni juris*. (*Ulp. fr.* 1, § 3 *et* 8; *fr.* 18, § 4 *et* 5, *h. t.*) Dans ce cas il y a autant d'actions que de personnes offensées ; mais l'action des fils de famille exercée par le père (2), ne se confond pas dans sa main avec l'action qu'il intente de son chef. Le montant des condamnations se règle toujours sur la considération personnelle à celui au nom de qui on agit (V. § 7, *h. t.*), c'est-à-dire sur la considération due au fils de famille, dans l'action qui serait exercée en son nom par le père, et sur la considération due au père lui-même, dans l'action qu'il intente de son chef à cause de l'injure qu'il reçoit par les enfans soumis à sa puissance. (V. *Ulp. fr.* 30, § 1; *Paul. fr.* 31, *h. t.*)

En injuriant une femme, on injurie l'ascendant à la puissance de qui elle serait soumise, et en outre l'homme à qui elle est mariée (*text. hic*; *Paul.* 5 *sent.* 4, § 3; *Alex. C.* 2, *h. t.*), ou fiancée (*Ulp. fr.* 15, § 24, *h. t.*); en sorte que le même fait peut obliger l'injuriant envers trois personnes différentes, et l'exposer dans le cas prévu par notre texte à trois actions dont chacune reste indépendante des autres. (*Ulp. fr.* 1, § 9, *h. t.*) Il serait même tenu d'une quatrième action s'il injuriait l'épouse d'un fils de famille, car alors l'injure s'étend jusqu'au père du mari (*text., hic in fin.*; *Ulp. fr.* 1, § 3, *h. t.*), tandis que l'injure reçue par un homme *sui juris* se borne toujours à sa personne. Son épouse même n'aurait aucune action. On en donne pour motif que le mari doit protéger sa femme, et non pas être protégé par elle (*text. hic*; *Paul. fr.* 2, *h. t.*). Ainsi, lorsque l'injure de certaines personnes rejaillit sur nous, ce n'est pas précisément parce que nous avons de l'affection pour elles ; ce serait plutôt parce qu'elles sont sous notre puissance ou sous notre protection (3).

(1) Ainsi, par exemple, le propriétaire peut interdire, quand bon lui semble, l'accès du terrain qui lui appartient (§ 12, *de div. rer.*), et dans ce cas ceux qui entreraient malgré le propriétaire seraient soumis à l'action d'injures. (*Ulp. fr.* 3, § 7, *h. t.*)

(2) V. 1101; *Nerat. fr.* 41, *h. t.* Dans certains cas et par exception à la règle générale, le préteur permet aux fils de famille d'exercer eux-mêmes certaines actions, notamment l'action d'injures. (*Ulp. fr.* 18; *fr.* 17, § 10 *et seqq.*, *h. t.*; *Paul. fr.* 9, *de obl. et act.*)

(3) *Vel potestati nostræ vel affectui suppositi* (*Ulp. fr.* 1, § 3, *h. t.*). Cette locution *affectui suppositi* est assez remarquable. On pourrait croire que le jurisconsulte avait écrit *vel manui suppositi*; et en effet, Caius (3 *inst.* 221) parle uniquement de la femme *in manu*. Mais comment expliquer, dans cette supposition, ce qu'Ulpien dit de la fiancée (*fr.* 15, § 24, *h. t.*)? et comment concilier Caius avec lui-même, lorsqu'il parle des actions données au mari et au père de la femme injuriée? Si cette femme est *in manu mariti*,

§ III.

1140. On injurie un père de famille par ses esclaves, comme par son épouse ou ses enfans, mais moins facilement, comme on le voit par notre texte même, et seulement lorsque l'intention d'offenser le maître se démontre par la gravité du fait. Dans ce cas même, il n'y a qu'une injure, celle du maître : car celle de l'esclave est comme sa personne, le droit civil la considère comme n'existant pas (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 222; V. *Ulp. fr.* 32, *de reg. jur.*). Conséquemment, au lieu de la double action que le père de famille intente et en son nom et au nom de ses enfans injuriés (1139), le maître agirait seulement en son propre nom, si le droit honoraire n'avait pas établi une action particulière pour venger, en certains cas, l'injure de l'esclave. (V. *Ulp. fr.* 15, § 34, 35, 43 *et* 44, *h. t.*)

On considère, à cet égard, la personne des esclaves; car il existe entre eux des rangs et des distinctions auxquels on a égard, soit pour accorder ou refuser l'action (*Ulp. d. fr.* 15, 44), soit pour déterminer le montant des condamnations (§ 7 *in fin.*, *h. t.*). Le maître agit alors du chef de son esclave. Conséquemment s'il y a plusieurs maîtres, chacun agira en raison de la part qui lui appartient dans l'esclave injurié. (*Ulp. fr.* 15, § *ult.*; *Paul. fr.* 16, *h. t.*; V. 1103.)

§ IV.

1141. Il en est autrement lorsque les maîtres agissent en leur nom et par l'action qui leur est propre. Alors c'est leur injure qu'ils vengent (*quia ipsis fit injuria*), c'est leur personne que l'on considère (*ex dominorum persona*), comme précédemment celle du père de famille. Il ne s'agit plus ici de l'esclave, de sa personne et de son injure; on n'a donc plus à examiner si cet esclave appartient au demandeur pour la totalité ou pour partie, ni pour quelle partie. (V. *text. hic.*)

§ V et VI.

Lorsque l'injure faite à un esclave rejaillit sur une personne libre, c'est sur le propriétaire qu'elle rejaillit plutôt que sur l'usufruitier (*magis*, § 5, *h. t.*), ou sur le possesseur de bonne foi (§ 6, *h. t.*; *Ulp. fr.* 15, § 47, *h. t.*) : plutôt, c'est-à-dire dans le doute et en règle générale; car l'injure retomberait sur le possesseur, ou sur l'usufruitier, si tel avait été le but de l'injuriant (*nisi in contumeliam tuam...*, *quoties in tuam contumeliam*; § 6, *h. t.*; *Ulp. fr.* 15, § 48, *eod.*)

Dans ce cas, l'usufruitier et le possesseur poursuivent en leur nom l'injure qu'ils ont reçue par une autre personne, mais non l'injure de cette personne même. L'action qui serait exercée au nom de cette dernière appartient toujours à l'injurié même, lorsqu'il est libre (V. § 6, *h. t.*); et lorsqu'il est esclave, à son maître. (*Ulp. fr.* 15, § 48, *h. t.*)

§ VII et VIII.

1142. La peine des injures a été déterminée par une disposition de la loi des Douze-Tables tombée en désuétude, par les préteurs, ou, suivant Paul (5 *sent.* 4, § 6), par des usages que les préteurs ont introduits et maintenus (§ 7, *h. t.*; *Cujac. ad Paul. sent.*, *loc. cit.*), et enfin par une loi dite Cornélia du nom de Cornélius Sylla, son auteur. (*Venul. fr.* 12, § 4 *in fin.*, *de accus.*)

La loi des Douze-Tables statuait, et la loi Cornélia statue sur certaines injures dont la distinction est suffisamment établie par notre texte; il faut cependant ajouter que la première portait contre les écrits diffamatoires, une peine (V. *Paul. ibid.*) dont Caius et Justinien ne parlent pas. Dans les cas prévus par la loi Cornélia, lorsqu'on agit pour obtenir une condamnation pécuniaire, l'évaluation en est abandonnée au juge (1).

elle n'est pas en la puissance de son père, et au contraire, si elle est soumise à la puissance paternelle, elle n'est pas *in manu*. Quoi qu'il en soit, notre texte et Théophile nous apprennent que l'action du mari pour les injures de sa femme ne lui était pas unanimement accordée par tous les jurisconsultes. Ce doute n'a probablement existé que pour les femmes qui n'étaient pas *in manu*, et sur la question de savoir si dans ce cas même il fallait encore donner au mari une action qui, dans le cas contraire, ne lui était pas contestée : *Id enim magis prævaluit* (*text. hic*). Observons que l'injure des enfans émancipés ne produit aucune action pour leur père.

(1) *Marcian. fr.* 37, § 1, *h. t.* Remarquez, dans notre § 8, l'espèce d'injure qui résulte de la violation de domicile, et le sens particulier que prend, à cet égard, l'expression *domus sua*.

Quant au droit prétorien, il autorise le demandeur à évaluer lui-même ce qui lui est dû, et cette évaluation devient une limite que le juge ne peut dépasser, quoiqu'il puisse restreindre la condamnation, en appréciant le mérite ou la réputation de la personne injuriée, et la considération qu'elle mérite (§ 7, *h. t.*; *Caius*, 3 *inst.* 224; V. 1139.)

§ XI.

1143. On peut commettre une injure par soi-même ou par d'autres personnes qui agissent à notre instigation ou par nos ordres, soit gratuitement, soit pour un salaire (*Ulp. fr.* 11, § 3, 4, 5 *et* 6, *h. t.*), et alors on agit tant contre l'auteur du fait que contre ses fauteurs (*text. hic.*; *Ulp. d. fr.* 11, *pr.*)

§ XII.

Cette action n'existe que contre ceux qui ont voulu offenser (1138); et réciproquement elle n'existe que pour ceux qui, en recevant l'injure, en ont conçu et gardé le ressentiment (*statim... ad animum suum revocaverit*). Il suffit de l'avoir méprisée d'abord (*dereliquerit*) pour que l'on ne puisse plus ensuite revenir sur une offense abandonnée (*remissam*). En ce sens, on dit ici, d'après Ulpien (*fr.* 11, § 1, *h. t.*.) qu'un pardon tacite (*dissimulatione*) suffit pour empêcher absolument l'obligation et l'action.

Il suffit aussi pour éteindre postérieurement l'action que l'injurié aurait pu demander et obtenir lorsqu'il a négligé de le faire, soit dans le temps fixé (*Ulp. fr.* 17, § 6, *h. t.*), c'est-à-dire dans l'année (*Diocl. et Max. C.* 5, *eod.*) soit avant de mourir. (§ 1, *de perp. et temp.*; *Ulp. fr.* 13, *h. t.*)

L'action d'injures s'éteint à plus forte raison par la remise expresse qui résulterait d'une transaction ou de toute autre convention entre les parties. (*Ulp. fr.* 11, § 1, *h. t.*)

§ IX.

1144. Justinien distingue ici plusieurs circonstances dans lesquelles l'injure prend un caractère plus grave et se nomme *atrox* (*text. hic*; *Caius*, 3 *inst.* 225; *Paul.* 5 *sent.* 4, § 10; *Ulp. fr.* 7, § 7 *et* 8; *fr.* 9; *Paul. fr.* 8, *h. t.*); mais Justinien ne dit pas quelles sont les conséquences de cette distinction : Caïus (1) indique seulement une différence dans la procédure. L'affranchi ne peut agir contre son patron que pour injures graves, et la même règle s'applique aux enfans à l'égard du père qui ne les tient pas sous sa puissance. (*Ulp. fr.* 7, § 2 *et* 3, *h. t.*) Un rescrit de Caracalla, dont il est question dans Ulpien (*d. fr.* 7, § 6), a donné lieu de penser qu'antérieurement l'injure grave ne se poursuivait pas civilement et donnait exclusivement lieu à une poursuite criminelle; mais cette conjecture du Scultinge est détruite par le texte de Caïus (3 *inst.* 224). Toutefois il ne serait pas impossible qu'il eût existé, sous ce rapport, quelque différence dont les traces se sont effacées dans la législation de Justinien.

§ X.

1145. En effet, il nous annonce que toute injure peut être poursuivie criminellement pour faire prononcer une peine afflictive (*text. hic*; V. *Hermog. fr.* 45, *h. t.*), ou civilement pour obtenir une condamnation pécuniaire, comme on l'a dit ci-dessus (1142); civilement, par opposition à la poursuite criminelle, car l'action d'injure est d'origine prétorienne (§ 7, *h. t.*).

Le voleur peut aussi être puni par voie de poursuite criminelle (*Ulp. fr.* 92, *de furt.*); et lorsqu'un esclave a été tué, son maître est également libre de diriger contre le meurtrier ou l'action de la loi Aquilia, ou une accusation capitale (§ 11, *de leg. aquil.*; *Caius*, 3 *inst.* 213; *Ulp. fr.* 23, § 9, *ad leg. aquil.*).

La nature des affaires criminelles exige ordinairement que chacun accuse, et surtout que chacun se défende par soi-même (*Paul.* 5 *sent.* 35, § 1; *ibid.* 16, *fr.* 11; *Pap. fr.* 13, § 1, *de publ. jud.*; *Diocl. et Max. C.* 15, *de accus. et inscript.*); il importe donc de remarquer l'exception introduite par Zénon en faveur des personnes illustres. Lorsqu'elles poursuivent ou lorsqu'elles sont poursuivies pour injures,

(1) 3 *inst.* 224; *V.* Ulpien dans la *Collation des lois mosaïques*, *tit.* 2.

on leur permet d'accuser ou de se défendre par procureur (*text. hic; Zen. C.* 11, *h. t.*).

TITRE V.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT COMME PAR UN DÉLIT.

1146. La loi Aquilia statua sur le dommage résultant suit de la mort d'un esclave ou d'un animal, soit des blessures qu'il a reçues, et en général de la perte, destruction ou détérioration d'un objet corporel. Tout autre dommage donne lieu à une action *in factum* (1137), dont nous retrouvons ici plusieurs applications. (V. *Cujac. et Janus a Costa, hic.*)

La première concerne le juge qui, par une sentence mal rendue, ferait tort à l'une des parties. En effet, celle-ci obtient contre lui une action *in factum.* (*Caius, fr.* 6, *de var. et extraor. cogn.*)

PR.

Alors on dit que le juge *litem suam facit* (*text. hic; Caius, d. fr.* 6, *eod.; fr.* 5, § 4, *de obl. et act.*).

C'est ce qui arrive lorsqu'il a mal jugé, soit en ne se conformant pas exactement au mandat que contient la formule (V. *Caius,* 4 *inst.* 52), soit en violant les règles du droit, ne fût-ce que par erreur ou par ignorance (*licet per imprudentiam; text. hic; Caius, d. fr.* 6), et à plus forte raison lorsque, par inimitié, par faveur ou par corruption, il a commis un dol en éludant à dessein la disposition des lois. Dans ce dernier cas, la sentence est nulle (*Diocl. et Max. C.* 7, *quand. prov.; Macer. fr.* 1, § 2, *quæ sent. sine appel.; Modest. fr.* 19, *de appel.*), sans qu'il soit nécessaire d'en appeler pour la faire réformer; et néanmoins le juge prévaricateur est tenu d'indemniser la partie lésée, c'est-à-dire sans doute le demandeur qui perd son action, et n'obtient pas, comme il devait l'obtenir, une sentence valable. Aussi lui accorde-t-on une indemnité complète, *veram litis æstimationem.* (*Ulp. d. fr.* 15 *in fin., de judic.*)

Notre texte, au contraire, abandonne à l'équité du nouveau juge le montant des condamnations que le premier devra subir; et cela sans doute parce qu'ici on ne lui reproche aucun dol, mais une erreur dont il devient responsable envers la partie lésée, du moins lorsque celle-ci ne veut pas ou ne peut pas appeler (V. *Cujac., hic;* 13 *obs.* 18), par exemple, lorsqu'elle n'en a pas le moyen. (V. *Ulp. fr.* 8, § 8, *mand.*) Dans ce cas, la sentence est et reste valable; elle produit son effet entre les personnes pour qui et contre qui elle a été rendue. Toutefois, cette autorité de la chose jugée ne s'étend pas à d'autres personnes (*Macer. fr.* 63, *de re jud.; Ulp. fr.* 1, *de except. rei jud.*); elle ne doit donc pas empêcher un nouveau procès sur la question de savoir si le premier a été bien ou mal jugé, pourvu que ce procès ne s'élève pas entre les mêmes parties. Or, il s'élève ici contre un juge qui n'était d'abord ni défendeur, ni demandeur.

Cette sévérité contre le juge ne devra pas étonner si l'on considère, d'une part, que son premier devoir est de prononcer conformément aux lois (*pr., de off. jud.*), et d'autre part, qu'il peut consulter officiellement les jurisconsultes (40; § 8, *de jur. nat.; Pompon. fr.* 2, § 47, *de orig. jur.*) ou le magistrat qui a donné l'action (*Ulp. fr.* 79, § 1, *de judic.*), et par là sans doute éviter la responsabilité qui résulterait d'une erreur de droit.

1147. Le juge qui *litem suam fecerit* ne commet pas précisément un délit. Caius (*fr.* 5, § 4, *de obl. et act.; fr.* 6, *de var. et extr. cogn.*) et Justinien (*text. hic*) le déclarent formellement. D'un autre côté, le juge prévaricateur *litem suam facere intelligitur* (*Ulp. fr.* 15, § 1, *de judic.*), d'où il faut conclure que, même en cas de dol, l'obligation imposée au juge qui *litem suam fecerit* ne résulte pas d'un délit; et notre texte confirme cette conclusion lorsqu'il ajoute que, dans tous les cas (*utique*), et même quand on ne l'accuserait que d'ignorance (*licet per imprudentiam*), le juge a cependant commis une faute. En conséquence, on décide qu'il est tenu, non par un délit, mais comme on le serait par un délit *quasi ex delicto*, ou, suivant la locution vulgaire, qu'il est tenu par un *quasi-délit* (V. 1086). L'existence du dol ne suffirait donc pas pour caractériser les délits et pour distinguer les obligations qui en résultent, de celles qui se forment *quasi ex delicto*? Non, sans doute, s'il exista des

cas où le dol constitue simplement un quasi-délit, et d'autres cas où l'absence du dol n'empêche pas de reconnaître un véritable délit. Nous trouvons ici un exemple qui réalise la première hypothèse ; la seconde est confirmée par plusieurs dispositions de la loi Aquilia. (V. § 3, 4, 5, 6, 7 *et* 8, *de leg. aquil.*)

Cette loi punit l'ignorance du médecin, le tort qu'il a causé constitue un délit (§ 7, *eod.*), tandis que l'ignorance du juge produit seulement un quasi-délit. Pourquoi cette différence ? On l'a expliquée par plusieurs raisons ; la meilleure, selon moi, consiste à faire observer que l'injustice ou l'iniquité de la sentence ne blesse, ne détruit et ne détériore aucun objet corporel, conséquemment que le dommage qui en résulte ne peut être poursuivi en vertu de la loi Aquilia (1136), ni par action directe, ni par action utile (1).

§ I.

1148. On ne peut pas en dire autant, lorsqu'il s'agit des choses jetées ou répandues par les fenêtres d'un appartement donnant sur la voie publique, et du tort que l'effusion ou la chute ont causé à autrui. Dans ce cas, on pourrait agir en vertu de la loi Aquilia, et celui qui a jeté ou répandu serait obligé par un véritable délit ; mais, quel qu'en soit l'auteur, le droit honoraire donne une action *in factum* contre la personne qui habite l'appartement. (*Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 4, *de his qui effud.*) Elle est tenue, soit pour sa propre faute, soit même, ce qui arrive le plus souvent, pour la faute d'autrui (*text. hic ; Paul. fr.* 6, § 2, *eod.*), et conséquemment hors des règles établies par la loi Aquilia. Ce n'est donc pas un délit qui l'oblige, et l'on décide qu'elle est tenue *quasi ex maleficio*.

Remarquez dans le texte comment la condamnation varie suivant qu'il y a dommage causé à la chose d'autrui, mort ou simplement blessure d'un homme libre ; et comment, dans ce dernier cas, on calcule l'indemnité dont la fixation est laissée à l'équité du juge.

1149. Le même édit qui a introduit l'action dont on vient de parler soumet à une peine pécuniaire (*decem aureorum*) quiconque a souffert que des objets dont la chute pourrait être nuisible, restassent posés ou suspendus sur un balcon ou sur la saillie d'un bâtiment donnant sur la voie publique (*text. hic ; Ulp. fr.* 5, § 6 *et* 7, *de his qui effud.*) : quiconque, c'est-à-dire, non-seulement comme dans le cas précédent, celui qui habite, mais le propriétaire ou le locataire de la maison, soit qu'il y habite ou n'y habite pas. (*Ulp. d. fr.* 5, § 8.) Dans ce cas on est tenu sans que rien soit tombé, sans qu'il arrive aucun dommage (*Ulp. d. fr.* 5, § 11), et sans que personne se prétende lésé. Aussi l'action est-elle populaire (*Ulp. d fr.* 5, § 13), c'est-à-dire qu'elle peut être exercée par tous ceux qui ont qualité pour postuler (V. *Paul. et Ulp. fr.* 2 ; *fr.* 3, § 1 ; *fr.* 4, *de popul. act.*), parce qu'elle tend à maintenir un droit dont la conservation importe à tous les citoyens. (*Paul. d. fr.* 4, *eod.*)

La peine encourue pour la mort d'un homme libre, dans le cas dont on a parlé ci-dessus (1148), se poursuit aussi par une action populaire ; mais on la donne de préférence aux parens du défunt. (*Ulp. fr.* 5, § 5, *de his qui effud.*)

§ II.

1150. Lorsqu'un père de famille occupe un appartement qui n'est pas celui de son père (*seorsum a patre*), c'est sur le fils personnellement que pèsent les obligations imposées à l'habitant, et le père n'est tenu à cet égard d'aucune action. En effet, il ne peut pas être poursuivi en son nom pour une obligation qui n'est pas la sienne, et ce n'est pas ici le cas d'intenter les actions qui se donnent quelquefois contre un chef de famille, au nom de ceux qu'il a sous sa puissance : l'action noxale, dans les cas où elle pourrait avoir lieu du chef d'un esclave, est interdite, au moins depuis Justinien (§ 7, *de noxal. act.*), lorsqu'il s'agit d'un fils de famille ; et l'action *de peculio* ne se donne point par suite des

(1) Voyez les notes de Cujas sur notre texte. On dit aussi que le juge remplit une fonction qu'il ne serait pas libre de refuser (*Ulp. fr.* 13, § 2, *de vacat. et excus.*), tandis que rien ne force le médecin à se charger d'un malade. Les interprètes qui, comme Vinnius, adoptent ces raisons de différence, et qui en même temps considèrent l'existence ou l'absence du dol comme caractère distinctif du délit et du quasi-délit, se contre-disent eux-mêmes ; car d'après cette distinction, l'ignorance du médecin constituerait simplement un quasi-délit, et alors son obligation ne différerait plus de celle du juge.

obligations pénales (*Ulp. fr.* 58, *de reg. jur.*), mais seulement lorsque le fils de famille ou l'esclave sont tenus par un contrat ou par un quasi-contrat (§ 10, *de action.*; *pr.* et § 4, *quod cum eo*) qui n'existe pas ici. (*Ulp. fr.* 1, § 7, *de his qui effud.*) On n'aura donc aucune action contre le père: l'action *in factum* restera contre le fils et contre lui seul (*text. hic*; *Caius*, *fr.* 5, § 5, *de obl. et act.*).

Il en est de même dans le cas où le juge *qui litem suam fecerit* serait fils de famille (1); mais, au contraire, on accorderait l'action *de peculio* contre le père ou le maître, si le fils de famille ou l'esclave étaient tenus des obligations dont parle le § suivant. (*Paul. fr.* 42, *de furt.*; V. *Ulp. fr.* 7, § *ult.*; *fr.* 3, § 3, *naut. caup.*)

§ III.

1151. Il s'agit ici du dommage et du vol qui serait commis dans un navire ou dans une auberge (*Ulp. fr.* 7, *naut. caup.*) au préjudice d'un passager ou d'un voyageur (*Ulp. d. fr.* 7, § 2), par les personnes employées au service du navire ou de l'auberge (*text. hic*; *Ulp. fr.* 1, § 1 et 6, *furt. advers. naut.*). Dans ce cas on peut agir à son choix, soit d'après le droit civil par l'action de vol ou l'action de la loi Aquilia contre l'auteur du délit, soit d'après le droit prétorien par une action *in factum* contre le capitaine ou l'aubergiste (*Ulp. d. fr. un.* § 3, *eod.*; *fr.* 6, § 4, *naut. caup.*), que l'on punit pour le fait de ceux qu'il prend à son service. (*Ulp. fr.* 7, *eod.*)

Cette action se donne *in duplum*. (*Ulp. fr.* 1, § 2, *surt. adv. naut.*)

Il ne faut donc pas la confondre avec une autre action *in factum* prétorienne qui se donne aussi contre le capitaine ou l'aubergiste pour la restitution des choses qui ont été apportées dans le navire ou dans l'auberge. On étend ainsi la responsabilité à laquelle les soumettrait l'action de dépôt ou l'action *locati*, puisqu'ils sont tenus indépendamment de leur faute, sauf le seul cas de force majeure (*Ulp. fr.* 1, *pr.*, § 1, 2, 5 et 8; *fr.* 3, *pr.* et § 1, *naut. caup.*), et quel que soit d'ailleurs l'auteur du vol ou du dommage. (*Ulp. d. fr.* 1, § 8; *fr.* 3; *Caius*, *fr.* 2, *eod.*)

(1) *Text. hic in fin.*; V. *Ulp. fr.* 15, *de judic.* Ce dernier texte contient une décision difficile à concevoir, même avec l'explication de Cujas (13 *obs.* 118; V. *Vinnius, hic*).

FIN.

TABLE

DES TITRES DES INSTITUTES.

FIN DE LA TABLE.

INSTITUTES

EXPLIQUÉES.

SUITE DU LIVRE IV.

TITRE VI.

DES ACTIONS.

1153. Lorsque, pour exercer ou pour faire reconnaître un droit contesté, on veut arriver à une décision judiciaire, il faut, avant tout, obtenir une action, et, pour l'obtenir, appeler son adversaire *in jus*, c'est-à-dire devant le magistrat qui *jus dicturus est* (§ 3, *de pœn. tem. lit.*). Ce magistrat, ainsi que nous l'avons vu (960), entendait les parties, non pour statuer lui-même sur le point débattu, mais pour le préciser, et poser la question qui resterait à examiner. Alors il désignait un juge, et quelquefois plusieurs, en leur donnant le pouvoir ou plutôt l'ordre, soit de condamner le défendeur, soit de l'absoudre, suivant que la question posée aurait été affirmativement ou négativement résolue.

La nomination du *judex* ou juge, et la mission qui détermine la nature et l'étendue de ses pouvoirs, sont l'origine d'une instance qu'on appelle *judicium*, et dont le cours régulier permet d'instruire le litige pour lui donner une solution définitive, instance que le demandeur a dès-lors le droit de suivre contre l'adversaire qu'il veut faire condamner. Ce droit de poursuivre *judicio*, ou, suivant quelques éditeurs, *in judicio*, s'appelle ici action (*text. hic.*; *Cels. fr.* 51, *de obl. et act.*), et parce que l'effet se confond quelquefois avec la cause, ou réciproquement, il arrive que *judicium et actio* deviennent synonymes (V. § 7, *de atil. tut.*; § 2, 3 *et* 4 *de obl. quæ quasi ex contract.*; § 2, *de pœn. tem. lit.*; § 1 *et* 7 *de offic. jud.*). Pareillement, comme le *judicium* ou la mission du juge était donnée par une formule, la formule et le droit qui en résultait ont été pris l'un pour l'autre. Cela est si vrai, que Justinien, en compilant ses Institutes à une époque où les formules n'étaient plus en usage, a substitué le mot *actio* dans tous les passages où Caïus avait écrit *formula* (1).

1154. Après avoir défini l'action *jus persequendi*, le texte ajoute *quod sibi debetur*. Ces mots supposent une dette, et conséquemment une obligation du défendeur envers le demandeur, et alors la définition devient spéciale pour une classe particulière d'actions, c'est-à-dire pour les actions personnelles que nous distinguerons plus bas (1155). En effet, le mot *actio*, qui, dans une acception générale, comprend les actions réelles et personnelles (*Ulp. fr.* 37, *de obl. et act.*), se restreint, dans un sens plus strict, aux dernières (*Papin. fr.* 28, *eod.*; *Ulp. fr.* 178, *de reg. jur.*). Il est bizarre que Justinien, parlant des actions en général, emprunte, pour commencer, la définition des actions proprement dites.

(1) Dans le § 33 *de act.*, Justinien dit : *Talis in ea re prodita est* ACTIO *ut quis intendat...*, *id est ut eodem modo peteret quo stipulatus est*; Caïus avait écrit plus brièvement (4, *inst.* 43), *sicut ipsa stipulatio concepta est*, *ita et intentio formulæ concipi debet*. Dans le § 4, *quod cum eo*, cette phrase (*una est* ACTIO *qua de peculio*, etc.) est évidemment tirée d'un passage de Caïus qui ne nous est point parvenu, mais auquel le jurisconsulte (4, *inst.* 74) se réfère un peu plus bas en ces termes : *Nam ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur*). Précédemment Caïus (4, *inst.* 71), comparant les actions institoire et exercitoire, dit, relativement à la première : *Æquissimum visum est* ACTIONEM *dari*, et relativement à la seconde : *Quæ et ipsa formula in solidum est.* On lit dans Justinien : *Luas in solidum* ACTIONES.

§ 1.

1155. Les juges dont nous avons parlé se nomment commonément *judices*, et spécialement *arbitri*, dans certaines actions qui sont ou arbitraires ou de bonne foi (1), et qu'on oppose aux actions de droit strict par une distinction qui se représentera plus tard (§ 28, 29 *et* 31, *h. t.*); distinction que notre texte rappelle ici, mais indirectement, comme pour annoncer qu'elle s'efface devant une division plus générale, qui embrasse toutes les actions, quelles que soient leur nature et leur origine : *omnium actionum. . . . summa divisio* (*text. hic*).

Cette division distingue les actions réelles (*in rem*) et personnelles (*in personam*).

L'action est personnelle, dit notre texte, lorsque le défendeur, contre qui nous agissons, est obligé envers nous, soit par un contrat, soit par un délit, soit par toute autre cause; car on s'attache ici à l'obligation indépendamment de son origine : en effet, l'action ne cesse d'être personnelle et ne prend le caractère d'action *in rem*, que lorsque notre adversaire n'est tenu envers nous d'aucune obligation (*nullo jure ei obligatus*). Dans ce cas, nous contestons avec lui sur une chose corporelle qu'il possède et dont nous prétendons être propriétaire (*text. hic*; *Ulp. fr.* 25, *de obl. et act.*), ou sur un droit d'usufruit, de servitude ou autre droit semblable que nous prétendons être à nous (V. § 2, *h. t.*; *Caius*, 4 *inst.* 2 *et* 3).

1156. Ainsi, lorsque Titius affirme qu'une chose est sienne (*suam esse, affirmet*), l'action qu'il exerce est réelle (*text. hic, in fin.*), par cela seul qu'il se dit propriétaire, ou plutôt, parce que la question du procès consiste à savoir si, comme il le dit, Titius est réellement propriétaire. En effet, ce que le demandeur affirme, reste toujours à juger : c'est le point en litige, et s'il était une fois constant que l'objet revendiqué appartînt au demandeur, il n'y aurait point de litige, et conséquemment point d'action. Cette observation importe à l'intelligence des textes, qui attribuent l'action réelle, c'est-à-dire la revendication au propriétaire réclamant sa chose (*Paul. fr.* 23, *de rei vind.*; *Ulp. fr.* 25, *de obl. et act.*).— C'est à lui seul, en effet, qu'il convient d'intenter cette action, parce qu'elle ne peut réussir qu'à lui, et que tout autre, devant succomber, l'intenterait mal à propos : mais on l'intenterait néanmoins, à tort ou à raison on se dirait propriétaire; le juge aurait à examiner si la chose appartient au demandeur, et l'action qui le charge d'examiner cette question, serait une action réelle ; *nam si Titius intendat rem suam esse, in rem actio est*.

Pareillement, l'action personnelle, qui, d'après notre texte, s'exerce contre ceux qui sont tenus envers nous de quelque obligation, laisse toujours à juger s'ils sont véritablement tenus, comme le prétend le demandeur; mais par cela seul qu'il le prétend et qu'il en fait la question du procès, son action est personnelle, bien que le juge puisse, en rejetant sa prétention, décider que le défendeur n'est tenu d'aucune obligation. Réciproquement, l'action intentée contre ceux qui seraient véritablement obligés envers le demandeur, n'en serait pas moins réelle, si le débat, restant étranger à l'obligation, se portait tout entier sur la propriété d'une chose que je dis être mienne, comme cela peut arriver entre le déposant, par exemple, et le dépositaire. En effet, malgré les obligations qu'impose à ce dernier le contrat de dépôt, et d'où peut résulter contre lui une action personnelle *depositi* (§ 3, *quib. mod. re contrah.*), il ne serait pas impossible que l'on exerçât contre lui une action réelle pour revendiquer l'objet déposé (*Ulp. fr.* 9, *de rei vind.*; *Alex. C.* 1, *depos.*). L'action *depositi* est personnelle, parce qu'on s'y prévaut des obligations dont on soutient que le défendeur est tenu; la revendication, au contraire, est une action réelle, parce qu'en l'exerçant le demandeur se prétend propriétaire de la chose, indépendamment des obligations qui peuvent exis-

(1) V. *Ulp. fr.* 14, § 4, *quod met. caus.*; *Paul, fr.* 38, *pro soc.*; et alors l'action même est quelquefois nommée ARBITRAIRE : on dit en ce sens : *arbitrium tutelæ* (*Cod. lib.* 5, *tit.* 51), *arbitrium familiæ erciscundæ* (*Ulp. fr.* 43, *famil. erc.*; *Diocl. et Max. C.* 17, *eod.*). Lorsque les mots *judices* et *arbitri* sont opposés l'un à l'autre, comme on le voit dans notre texte, la signification spéciale du second précise celle du premier, en la restreignant aux juges constitués par une action de droit strict (V. *Ulp. fr.* 15, *de re jud. Mac. fr.* 7, *ad leg. jul. rep.*, *Vinnius, hic*).

ter ou ne pas exister entre lui et le défendeur, et sans les invoquer.

1157. Mais quel rapport entre cette distinction et le nom que prend chaque espèce d'action; pourquoi sont-elles qualifiées réelles dans un cas, personnelles dans l'autre ?

En généralisant une observation d'Ulpien (*fr.* 25, *de obl. et act.*), on a répondu que les premières s'exercent toujours contre le possesseur, quel qu'il soit, et que les secondes ont toujours lieu contre une même personne, contre celle qui doit et continue de devoir, tant que son obligation n'est pas dissoute; d'où l'on pourrait aisément conclure que l'action personnelle reste attachée à une personne, tandis que l'action réelle s'attache à la chose et la suit dans toutes les mains à qui passe la possession. Toutefois, cette proposition, transformée en règle générale, deviendrait fausse, puisque certaines actions personnelles, notamment l'action, dite *ad exhibendum*, se donne contre le possesseur (V. *Ulp. fr.* 3, § 3 *et* 15, *ad exhib.*) et imite, à cet égard, l'effet des actions réelles (1). Pour mieux apprécier la distinction dans des actions *in rem* et *in personam*, voyons donc ce que signifient, relativement à d'autres objets, la même division et les mêmes locutions.

1158. Un créancier convient quelquefois avec son débiteur de ne pas exiger la somme ou la chose due; et cette convention se fait en termes généraux sans rien préciser davantage, ou, au contraire, en désignant la personne ou les personnes de qui l'on n'exigera point. Dans le premier cas, la convention, conçue en termes généraux et sans désignation de personne, forme un pacte *in rem*; dans le second cas, au contraire, la convention, qui mentionne spécialement Titius ou Sempronius, est *in personam* (2). Pareillement, les actions sont dites *in rem* ou *in personam*, d'après l'énoncé de la question que pose la formule. En effet, lorsqu'il s'agit de savoir si tel objet appartient à celui qui le revendique, cette question, absolument indépendante de la personne contre qui l'on agit, se pose en termes généraux, sans nommer le défendeur, et alors l'action est *in rem* (*Caius*, 4 *inst.* 87). En matière d'obligation, au contraire, il ne suffirait pas d'examiner si Titius est créancier; il faut savoir s'il est créancier de l'adversaire qu'il poursuit. Il importe donc de désigner et de nommer le défendeur : aussi notre texte, après avoir parlé des actions que chacun intente *cum eo qui ei obligatus est*, après avoir dit que ces actions sont *in personam*, explique cette locution, en ajoutant que, dans ce cas, le demandeur soutient ADVERSARIUM *ei dare aut facere oportere*; c'est-à-dire que ce dernier ne se borne pas à prétendre qu'il existe en sa faveur une obligation (3); il soutient de plus que cette obligation pèse sur son adversaire; tandis que, dans une action réelle, il se prétend propriétaire

(1) Lorsqu'on dit que les actions réelles suivent la chose, c'est improprement et parce que l'on confond l'action avec sa source, c'est-à-dire avec le droit que le demandeur prétend avoir. Ce droit, par exemple sa propriété ou son usufruit, existe sur une chose et la suit dans toutes les mains : de là vient qu'il obtiendra une action contre le possesseur actuel, quel qu'il soit; mais cette action une fois obtenue contre tel ou tel n'existera que contre lui, et si la chose, sortant de ses mains sans fraude, devient l'occasion d'un nouveau procès contre un second possesseur (V. *Paul. fr.* 27, § 1, *de rei vind.*), on ne fera pas condamner ce dernier en vertu de la formule donnée contre un autre; il faudra appeler le nouveau possesseur *in jus* pour avoir un nouveau juge et une nouvelle formule d'action.

(2) *Ulp. fr.* 7, § 8, *de pact.* Ulpien fait remarquer ailleurs (*fr.* 9, § 1, *de eo quod met. caus.*) que la disposition d'un édit prétorien est IN REM, précisément parce qu'elle est générale (*generaliter et in rem loquitur*), et ne désigne aucune personne (*nec adjicit a quo gestum est*).

(3) Quelle que soit la nature de l'obligation qui consisterait à donner ou à faire (*per quas intendit* DARE *aut* FACERE *oportere*). Le texte ajoute ET ALIIS QUIBUSDAM MODIS, et cette addition a paru si obscure que plusieurs interprètes soupçonnent une transposition : ils supposent que ces derniers mots appartiennent au premier membre de phrase, et doivent se lire immédiatement après ceux-ci : *Obligatus est vel ex contractu vel ex delicto*, pour se référer aux différentes obligations qui ne résultent ni d'un contrat ni d'un délit. Théophile dément cette conjecture; il faut donc reconnaître qu'il s'agit des différentes manières dont peut être conçue l'*intentio* de l'action personnelle, qui ne porte pas exclusivement DARE OU FACERE *oportere*, mais quelquefois aussi PRAESTARE *oportere* (*Caius*, 4 *inst.* 2; V. 882); et dans l'action de vol, PRO FURE DAMNUM DECIDERE *oportere* (V. *Caius*, 4 *inst.* 37, 45). Indépendamment de ces formules, qui caractérisent spécialement les actions *in jus*, il existe en outre une multitude d'actions *in factum*, conçues de manière à soumettre au juge une question très-différente (V. *Caius*, 4 *inst.* 45 *et* 46). C'est pour embrasser toutes les actions personnelles *in jus* ou *in factum*, dont l'*intentio* ne serait pas précisément DARE *aut* FACERE *oportere*, que notre texte ajoute, ET ALIIS QUIBUSDAM MODIS.

(*text. hic, in fin.*), et ne fait pos mention du défendeùr, ou du moins ne le présente pas comme obligé.

1159. Cependant il paraît impossible de ne pas nommer dans la formule toutes les personnes entre qui s'élève le litige : aussi la distinction précédente ne s'applique-t-elle pas sur la formule entière, mais seulement sur une des trois parties dont elle se compose ordinairement, et qu'on appelle *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio*. La première désigne l'objet et la cause du litige (1), tandis que lo troisième attribue au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre (2), pouvoir alternatif, dont l'exercice suppose une vérification préalable, puisque la magistrat qui donne l'action, pose toujours en question, pour eu faire dépendre la condamnation ou l'absolution, ce qui est allégué par le demandeur et contredit par le défendeur, ce que le premier veut faire reconnaître, en un mot, *id quod intendit*. De là vient qu'on appelle *intentio* eette partie de la formule qui précise les cas de condamnation ou d'absolution, qui fixe la question du procès, et détermine, pour le juge ce qu'il doit examiner, pour les plaideurs ce qui devra être prouvé par l'un et contredit par l'autre (3); partie si importante dans l'action que souvent on la prend pour l'action même (V. § 14, *h. t.*). C'est aussi en prenant la partie pour le tout, que l'on divise les actions *in rem* ou *in personam*, d'après une distinction qui porte spécialement sur l'*intentio* : en effet, c'est à cette partie de la formule que notre texte se réfère, lorsque, pour mieux caractériser les actions personnelles et réelles, il ajoute, en parlant des premières : *per quas* INTENDIT *adversarium*, etc.; et, en porlant des secondes : *nam si Titius suam esse* INTENDAT, etc.

D'oprès tout ce qui précède, on voit que les jurisconsultes romains distinguent les actions dont l'exercice suppose une obligation du défendeur envers le demandeur, et celles qui, au contraire, sont indépendantes de toute obligation ; que, dans les premières, il s'agit de savoir, non-seulement s'il existe une obligation en faveur de Titius, mais encore si cette obligation existe entre Titius demandeur et Séius défendeur; que conséquemment, et par la nature même de la question qu'elle précise, la teneur de l'*intentio* sera *in personam* ; que, dans les actions de la seconde classe, au contraire, on cherche uniquement *si* la chose ou le droit revendiqué appartient à Titius; que, dans ce cas, la question se posant d'une manière plus générale, l'*intentio* est *in rem* ; que de lò viennent les dénominations d'action personnelle et réelle.

§ II.

1160. L'usufruit et les servitudes rurales ou urbaines sont aussi l'objet d'une revendication, et, par conséquent, d'une action réelle (*text. hic ; Ulp. fr.* **2**, *si serv. vind.*), qui s'exerce, relativement à l'usufruit, par l'usufruitier, contre le propriétaire on tout autre possesseur de l'objet soumis au droit d'usufruit (*Ulp. fr.* 5, *pr.* et § 1, *si ususfr. pet.*), et, en général, contre toute personne qui mettrait obstacle à la jouissance du demandeur (V. *Ulp. fr.* 1, *eod.*) ; relativement aux servitudes, par le propriétaire de l'héritage dominont contre celui du fonds servant, ou contre toute autre personne qui empêcherait l'exercice de la servitude (*Ulp. fr.* 1; *fr.* 2, § 1; *fr.* 10, § 1, *si serv. vind.*).

Dons ce cas, nous agissons pour un droit que nous prétendons exister en notre faveur, et alors, comme dans la revendication des choses corporelles, l'action est affirmative ou confessoire, en sens inverse de l'action par laquelle le demandeur soutiendrait que tel droit n'apportieut pas au défendeur, action qui serait également réelle, mais négative (*negativa*, *text. hic*), ou négatoire (*negatoria ; Ulp. fr.* **2**, *si serv. vind.*), en ce sens que le demandeur, au lieu de s'attacher à son propre droit pour le faire reconnaître, s'occupe uniquement du droit d'outrui pour en nier l'existence.

1161. Notre texte avertit que, dans les contestations relatives aux choses corporelles, on n'agit point par action négatoire, et, pour justifier eette proposition, l'empereur

(1) *Quod A. Agerius N. Nigidio hominem vendidit, ou apud N. Nigidium hominem deposuit* (*Caius*, 4 *inst.* 9).

(2) *Judex, N. Nigidium A. Agerio X millia condemna; si non paret, absolve* (*Caius*, 4 *inst.* 43).

(3) Pour la revendication, *si paret hominem ex jure quiritium A. Agerii esse ;* pour certaines actions personnelles, *si paret N. Nigidium A. Agerio X millia dare oportere* (*Caius*, 4 *inst.* 43).

ajoute, 1° que la revendication d'un objet corporel est toujours intentée contre celui qui possède par celui *qui non possidet*; 2° que le possesseur d'une chose corporelle n'a aucune action pour soutenir négatoirement que cette chose n'appartient pas à telle ou telle autre personne. *Sufficit ei quod possideat*, dit Ulpien (*fr.* 1, § 6, *uti poss.*). La raison vient sans doute de l'inutilité d'une pareille action; et, en effet, quand le juge aura déclaré que la chose litigieuse n'appartient pas au défendeur, il n'en résultera nullement qu'elle appartient au demandeur.

Le même raisonnement ne s'applique pas aux servitudes soit réelles, soit personnelles; car les droits qui ne seraient pas détachés de ma propriété s'y trouvent nécessairement compris, et par cela seul qu'il n'existe pas de servitude, il en résulte pour le maître de la chose une propriété pleine et libre (V. *Ulp. fr.* 4, § 7, *si serv. vind.*); on lui permet donc d'agir négatoirement (*Ulp. fr.* 2, *eod.*) contre tous ceux qui l'empêcheraient de disposer librement de sa chose (*Ulp. d. fr.* 4, § 7; *fr.* 10, § 1, *eod.*), ou se permettraient d'y faire ce qui n'est permis sur la chose d'autrui qu'en vertu d'une servitude (V. *Procul. fr.* 13; *Alfen. fr.* 17, *eod.*); et cela, soit que le propriétaire se trouve ou non en possession du droit qu'il leur conteste; car l'action négatoire et l'action confessoire ellemême compètent à celui qui possède le droit (*Ulp. fr.* 5, § 6, *si ususfr. pet.*), en sorte que la même personne se trouve *possessorem et petitorem* (*Ulp. fr.* 6, § 1, *si serv. vind.*).

1162. Après avoir établi que l'action négatoire n'existe pas relativement aux choses corporelles, et que, pour ces dernières, on n'accorde point d'action au possesseur, Justinien ajoute que, cependant, il existe un cas, un seul cas (*sane uno casu*) où le possesseur ACTORIS PARTES OBTINET. Ce cas unique, Justinien nous le laisse chercher dans les Pandectes, où son investigation a tellement fatigué les interprètes, que plusieurs ont cru devoir changer notre texte en y introduisant une négation (*sane* NON *uno casu. V. Vinnius, hic*). Aujourd'hui de semblables expédiens ne sont plus admissibles.

Pour entendre ce passage, il faut savoir d'abord quel est son objet, et ensuite ce que signifie cette locution : *actoris partes obtinere*.

En observant la série des idées qu'a suivies notre texte, on reconnaîtra qu'après avoir parlé des choses incorporelles, Justinien les a complétement abandonnées pour revenir aux choses corporelles, en établissant, à l'égard de ces dernières (*in his*), que la seule action usitée est confessoire et compète à la personne qui ne possède pas (*agit qui non possidet*) contre celle qui possède; que celle-ci n'a point d'action pour nier la propriété d'un adversaire qui doit poursuivre au lieu d'être poursuivi, et que, pour cette raison sans doute, notre texte appelle *actor*. Cette dernière proposition s'applique évidemment aux choses corporelles, et la modification qui suit immédiatement ne peut pas avoir d'autre objet. Le possesseur qui n'a aucune action, qui ne peut jamais être demandeur, est le même qui, malgré sa position de défendeur, devra faire, dans un seul cas, ce que fait ordinairement le demandeur, c'est-à-dire qu'il devra prouver son droit. Tel est en effet le sens de ces mots *actoris partes obtinere* ou *sustinere* (*Afric. fr.* 15, *de oper. nov. nunciat.*).

1163. En effet, on dit ordinairement que la nécessité de prouver incombe au demandeur (§ 4, *de legat.*), et cette règle coïncide avec celle qui réserve au possesseur le rôle de défendeur; car, alors, celui qui revendique est tenu de prouver, non-seulement parce qu'il est demandeur, mais encore parce que, faute de preuve, la possession resterait au défendeur (§ 4, *de interd.*), et surtout parce que la revendication étant toujours confessoire, c'est le demandeur qui affirme, tandis que le défendeur se contente de nier (V. *Paul. fr.* 2, *de prob.*). Aussi, lorsque ce dernier, au lieu de se borner à une simple dénégation, combattra les assertions du demandeur par d'autres assertions, par exemple en l'accusant de dol, alors il sera tenu de prouver ce qu'il affirme, et conséquemment de faire, relativement à l'exception, ce que le demandeur fait pour l'*intentio* (*Ulp. fr.* 19, *de prob. et præs.*). Tel est le sens de cet adage, *reus in exceptione actor est* (*Ulp. fr.* 1, *de except.*), et c'est en ce sens que Vinnius et plusieurs autres interprètes trouvent, non pas un, mais plusieurs cas où celui qui possède, *nihilominus actoris partes obtinet*.

Toutefois, s'il arrive souvent que le possesseur, opposant une exception, soit tenu de la prouver, il n'est jamais ou presque jamais obligé de soutenir, et, par suite, de prouver que la chose lui appartient. C'est cependant sur une question de propriété que notre texte, après avoir refusé au possesseur toute action négatoire du droit d'autrui, suppose qu'il devra prouver son propre droit; et cela dans un cas spécial, *uno casu*. C'est qu'en effet la propriété du possesseur se trouve mise en question, lorsque, défendant à l'action publicienne, il oppose l'exception dite *justi dominii*, dont nous parlerons ci-après (1169).

§ III.

1164. Considérées dans leur origine, les actions sont civiles comme celles dont on vient de parler et autres semblables; ou prétoriennes, comme on va le voir par quelques détails (*text. hic*; V. *Ulp. fr.* 25, § 2, *de obl. et act.*).

Le préteur indique dans son édit les différentes actions qu'il accordera dans tel ou tel cas, par exemple, dans le cas de gestion d'affaires (*Ulp. fr.* 3, *de neg. gest.*); et à ce sujet les jurisconsultes disent, en parlant du préteur, *proposuit actionem*, ou, en parlant de l'action, *proponitur, proposita*, même lorsqu'il s'agit d'une action civile, telle que la pétition d'hérédité (*Ulp. fr.* 1, *si pars hered.*; *fr.* 1, *de poss. her. pet.*; *fr.* 1, *de fideic. her. pet.*; *fr.* 1, *de contrar. tut.*). Les actions qui sont indiquées dans l'édit ne sont pas toujours prétoriennes; et, en effet, notre texte ne range dans cette classe que les actions établies par le préteur *ex sua jurisdictione* (*text. hic*; § 1, *de obl.*; § 8, *h. t.*), pour introduire ou sanctionner les principes de son propre droit, c'est-à-dire du droit honoraire.

1165. Les actions prétoriennes sont comme les actions civiles, réelles ou personnelles (*text. hic*; V. § 8, *h. t.*).

§ III ET IV.

Pour s'occuper d'abord des actions prétoriennes réelles, l'empereur annonce deux fictions tendantes à modifier en sens inverse les effets civils de l'usucapion (§ 3, *h. t.*). Voici dans quelle circonstance et à quelle occasion s'applique la première.

L'usucapion ne s'accomplit que par un certain temps de possession, et si, dans l'intervalle, la chose passe en d'autres mains, celui pour qui l'usucapion n'était que commencée, ne pourra suivre cette chose par aucune action réelle, du moins si l'on se tient aux principes du droit civil; car il n'accorde la revendication qu'au propriétaire, *ut quis dominium suum vindicet* (§ 4, *h. t.*). Dans ce cas, et pour secourir celui qui aurait perdu la possession, on suppose accomplie, à son profit, l'usucapion qui n'était que commencée, et alors, n'eût-il possédé qu'un moment (*Paul. fr.* 12, § 7, *de publ. in rem*), il revendique (*ita vindicat suam esse*; § 4, *h. t.*) par une formule que l'on appelle publicienne, du nom de son auteur, le préteur Publicius (§ 4, *h. t.*; V. *Caius*, 4 *inst.* 36).

1166. Quel a été le motif d'une semblable fiction, et lorsque l'usucapion s'accomplissait par un an, par deux ans au plus (*pr.*, *de usucap.*), pourquoi abréger ou même effacer un délai déjà si court? Pour apprécier cette partie du droit honoraire, il faut se rappeler le véritable but de l'usucapion. Ce n'était pas seulement une faveur accordée à la bonne foi d'un simple possesseur, à qui la tradition aurait été faite *a non domino*, c'était, du moins pour les choses *mancipi*, le complément indispensable de la tradition qui, même avec le fait et par la volonté du véritable maître, ne suffisait pas pour donner la propriété. On avait la chose *in bonis*, d'après le droit des gens, mais on n'avait pas encore le domaine quiritaire ou le domaine proprement dit (457, 458); et celui qui n'avait pas complété le temps fixé pour l'usucapion, ne pouvait pas, d'après le droit civil, suivre et revendiquer la chose passée en d'autres mains (1). Cependant, il importait de maintenir, indépendamment de l'usucapion, les acquisitions conformes au droit des gens; c'est principalement dans ce but que le préteur suppose l'usucapion accomplie pour

(1) Tous les passages où se trouve l'*intentio* de la revendication prouvent que le demandeur n'y soutient pas simplement *rem suam esse*, mais *suam esse* EX JURE QUIRITIUM (V. *Caius*, 2 *inst.* 24, 4 *inst.* 16, 34, 36, 41 *et* 86). Caïus (2 *inst.* 194) dit formellement que *vindicare* c'est *intendere rem*

ceux qui n'étaient pas propriétaires *ex jure quiritium*, et précisément parce qu'ils ne pouvaient pas revendiquer en cette qualité, *quia non potest intendere rem suam* EX JURE QUIRITIUM *esse* (*Caius*, 4 *inst.* 36).

1167. La même fiction profitait également à quiconque aurait eu besoin de l'usucapion, et, par suite, on simple possesseur qui, recevant la chose *a non domino*, ne l'avait pas acquise d'après le droit des gens; et c'est pour ce dernier seul que Justinien, en supprimant la distinction des choses *mancipi* et le domaine quiritaire, paraîtrait avoir conservé l'action publicienne (V. *Ulp. fr.* 1, *de publ. in rem*). Cependant son usage n'est pas limité aux personnes qui auraient reçu la chose *a non domino :* car si la tradition faite par le véritable maître autorise la revendication, c'est à la charge par ceux qui l'intentent de prouver leur propriété; mais lorsqu'ils allégueront la tradition qu'ils ont reçue, ils devront prouver la propriété de leur auteur, en remontant, de tradition en tradition, jusqu'au premier maître de la chose. L'usucapion seule dispense de toutes ces preuves, parce qu'elle confère à celui qui possède, des droits indépendans de ceux qu'ont pu avoir ou ne pas avoir ses prédécesseurs. La publicienne ne deviendra donc inutile qu'après une possession suffisante pour accomplir l'usucapion (1). Aussi Neratius (*fr.* 31, § 2, *de act. empt.*) l'accorde-t-il expressément à ceux qui auraient reçu la chose de son véritable maître, en les préférant même aux personnes à qui la tradition aurait été faite *a non domino*.

1168. La fiction qui suppose l'usucapion accomplie n'existe que pour les possesseurs de bonne foi (*Ulp. fr.* 1; *fr.* 7, § 11, *de public. in rem*). Ceux qui possèdent de mauvaise foi n'ont pas l'action publicienne, parce qu'ils sont incapables d'usucaper (*Ulp. d. fr.* 7, § 17). La même raison conduirait à décider, relativement à l'objet de cette action, qu'elle s'applique uniquement aux choses susceptibles d'usucapion, et il est certain qu'elle n'a pas lieu pour celles dont l'aliénation est prohibée (*Paul. fr.* 12, § 4, *eod.*); mais hors ce cas d'inaliénabilité, il est également certain que la publicienne s'applique à des choses non susceptibles d'usucapion (*Paul. d. fr.* 12, § 2 *et* 3), même à des choses incorporelles, comme l'usufruit et les servitudes rurales ou urbaines (*Ulp. fr.* 11, § 1, *de publ. in rem*; *fr.* 10, § 1, *de usurp.*; *Paul. fr.* 14, *de servit.*), nonobstant la loi scribonia, qui empêche d'acquérir les servitudes par usucapion (2).

1169. L'action publicienne, soumise aux

suam EX JURE QUIRITIUM *esse*; et ailleurs (2 *inst.* 222), en parlant du legs *per præceptionem*, il distingue si la chose léguée appartenait au testateur *jure quiritium*, ou s'il l'avait simplement *in bonis*. Dans le premier cas, le légataire a la revendication; dans le second, et suivant que le legs est fait à l'un des cohéritiers ou à un étranger, il faut agir par l'action *familiæ erciscundæ*, ou par l'action *ex testamento*. Quelle en est la raison, si ce n'est l'impossibilité d'exercer la revendication proprement dite pour les choses que l'on avait *in bonis* (V. *Pothier*, *pand. just. VI, I*, 8)?

S'il est certain, comme je le crois, que la revendication s'appliquait exclusivement au domaine quiritaire, le texte de Paul (*fr.* 23, *de rei vind.*), qui étend cette action aux choses acquises par le droit des gens, a été altéré en passant dans les Pandectes.

(1) V. *Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 1, [*de publ. in rem.* Caius (2 *inst.* 36) n'exige pas que la chose ait été livrée *a non domino;* il accorde l'action publicienne à ceux qui n'ont pas encore usucapé la chose livrée *ex justa causa*, sans distinguer par qui elle a été livrée. Justinien lui-même n'a pas inséré dans son texte (§ 4, *h. t.*) les mots *a non domino*, qui se trouvent dans celui du préteur (*fr.* 1, *de publ. in rem*), sans doute par interpolation; et, en effet, ces prétendues paroles de l'édit sont les seules qu'Ulpien ne reprend pas pour les expliquer et les commenter séparément. Plus loin, en parlant de la bonne foi qu'exige le préteur, il suffira, dit Ulpien (*fr.* 7, § 11, *eod.*), d'avoir acheté de bonne foi, quand même on aurait acheté *non a domino :* certes le jurisconsulte qui s'exprime ainsi ne paraît pas considérer la tradition faite par le véritable maître comme incompatible avec l'exercice de l'action publicienne. Voyez le même Ulpien (*fr.* 11, § 1, *eod.*).

(2) *Paul. fr.* 4, § 29, *de usurp.*; cela s'explique selon Pothier (*Pand. just. VI, II*, 14), parce que ces choses sont susceptibles de s'acquérir, non par usucapion, mais par la possession *longi temporis*, ce qui est au moins douteux. En effet, la possession *longi temporis* ne donne pas précisément le droit de servitude, mais *vicem servitutis* (*Anton. C.* 1 *de servit.*), et l'on agissait dans ce cas par un interdit ou par une action utile (*Ulp. fr.* 5, § 3, *de itiner.*; *fr.* 10, *si servit. vind.*; *fr.* 1, § 23, *de aqu. et aqu. pluv.*), non pour faire constater le droit, comme dans l'action confessoire civile, mais pour faire maintenir (*tueri*) la possession (*Scæv. fr.* 26, *eod.*).

Il faut remarquer que l'action publicienne n'a pas lieu pour un esclave fugitif, pour les choses furtives et autres objets dont l'usucapion est impossible (*Ulp.* 9, § 5, *fr. de publ. in rem*), non par leur nature même, mais à raison du vice qui s'y trouve attaché, et peut-être parce qu'il n'en résulte qu'un obstacle temporaire.

mêmes règles qua la revendication, doit s'intenter aussi contre les mêmes personnes, c'est-à-dire contre quiconque détient la chose. Alors il pourrait arriver que le détenteur actuel possédât lui-même de bonne foi et avec toutes les conditions requises pour l'usucapion; en sorte qu'il aurait à exercer, s'il perdait la possession, la même action qu'on exerce contre lui. Ici le demandeur et le défendeur, lorsqu'aucun d'eux n'a reçu la chose de son véritable maître, n'ont pas plus de droit l'un que l'autre. Leur position paraît égale, sauf l'avantage de la possession actuelle, qui semblerait décisif pour le défendeur (V. *Paul. fr.* 128, *de reg. jur.*; § 4, *de interd.*). Cependant Julien, et après lui Ulpien (*fr.* 9, § 4, *de publ. in rem*), remontent à l'origine des deux possessions, et ne maintiennent le détenteur actuel que dans le cas où la tradition faite aux deux adversaires l'a été par deux auteurs différens. Dans le cas contraire, c'est-à-dire entre deux parties qui auraient successivement traité avec le même auteur, la plus ancienne des deux traditions détermine la préférence; et c'est même à cette antériorité de possession que s'attache Neratius (*fr.* 31, § 2, *de act. empt.*), soit que les deux traditions, faites *a non domino*, émanent ou non de la même personne. Neratius repousse, à cet égard, la distinction de Julien, et ne préfère la tradition plus ancienne que lorsqu'elle a été faite par le véritable maître, parce que la tradition, dans ce cas, a donné plus que la possession; elle a transféré la propriété qui mérite et obtient une préférence indubitable (*Nerat. d. fr.* 31, § 2, *in fin.*). En effet, le même Neratius (*fr.* 17, *de publ. in rem*) avertit que le but tout équitable de l'action publicienne n'a jamais été d'enlever la chose à son maître. Néanmoins, le titre de propriétaire ne préserve le défendeur qu'indirectement, et au moyen d'une exception dite *justi dominii* (*Paul. fr.* 16, *de publ. in rem*; *Nerat. fr.* 17, *eod.*; *Papin. fr.* 57, *mandat.*).

La nécessité d'obtenir une exception prouve invinciblement que l'action publicienne, par elle-même et indépendamment de toute addition qui modifie la formule et ses conséquences, amènerait inévitablement la condamnation du propriétaire, et, à plus forte raison, celle de tout autre défendeur, qui ne combattrait pas directement la prétention du demandeur, en établissant, par exemple, que la mauvaise foi de ce dernier, ou les vices de sa possession, ou un obstacle quelconque, rendent l'usucapion impossible et la fiction inapplicable (V. 128).

§ III et V.

1170. Par une fiction contraire à celle qu'on vient d'exposer, l'usucapion accomplie est quelquefois rescindée (*rescissa usucapione*; § 5, *h. t.*), ce qui signifie que le préteur la considère comme non avenue, et permet au précédent propriétaire de revendiquer, comme si l'usucapion ne l'avait pas dépouillé du droit dont elle a investi le possesseur contre qui l'action est intentée (1).

Cette fiction modifie, sans le renverser entièrement, le principe de l'usucapion. Aussi l'action dont il s'agit n'appartient-elle pas indistinctement à tous les propriétaires qui auraient laissé accomplir l'usucapion.

La rescision n'est ainsi accordée que pour des causes spéciales, et notamment lorsque l'usucapion s'est accomplie pendant l'absence du possesseur qui n'était pas défendu (*Ulp. fr.* 21, *pr.* et § 1, *in quib. caus. maj.*), en ce sens qu'il n'était représenté ni par un *procurator*, ni par aucune autre personne qui voulût se porter défendeur pour lui contre la prétention du propriétaire (*Ulp. d. fr.* 21, § 2; *Paul. fr.* 22, *eod.*). Alors, en effet, celui-ci, ne trouvant point d'adversaire, ne pouvait obtenir ni juge ni action; il lui était impossible d'agir, et conséquemment d'interrompre l'usucapion (2) devenue par cela même inévitable. C'est à l'iniquité d'un semblable

(1) *Possessorem diceret adversarium suum non usucepisse quod usucepit* (§ 3, *h. t.*). Dans les éditions vulgaires, au lieu de POSSESSOREM, on lit POSSESSOR; ce qui indiquerait une revendication intentée, contre tous les principes (1162), par celui qui possède. Le mot POSSESSOREM, qui se retrouve dans le § 5, ne laisse aucun doute sur la véritable leçon du § 3, et indique le rôle de celui qui possède: il est défendeur, et, par cela même, adversaire de celui qui intente l'action. *V.* toutefois Vinnius.

(2) La revendication intentée par le propriétaire n'empêche pas le défendeur de posséder, et conséquemment d'accomplir l'usucapion dans le cours même du litige, mais alors il entre dans l'office du juge de contraindre le défendeur, devenu propriétaire, à restituer la chose au demandeur, en lui procurant tous les avantages que celui-ci aurait

résultat que le préteur croit devoir remédier, soit lorsque le possesseur, non défendu, était absent ou détenu, soit lorsqu'il ne se laissait pas aborder, ou qu'il jouissait du privilége de ne pas être appelé *in jus* malgré lui (*Ulp. fr.* 1, § 1; *fr.* 23, *pr. et* § 4; *fr.* 26, § 2 *et* 3; *Paul. et Caius, fr.* 24 *et* 25, *eod.*).

1171. En parlant de l'usucapion accomplie au profit d'un absent, Justinien (§ 5, *h. t.*) suppose une absence motivée par un service public ou par la captivité du possesseur, et cela mal à propos : car ceux qui s'éloignent volontairement et sans nécessité ne méritent pas plus de faveur que ceux qui sont absens malgré eux. L'équité, qui enlève à ces derniers le bénéfice de l'usucapion, milite, à plus forte raison, contre les premiers; et, en effet, la disposition de l'édit, qui rescinde l'usucapion accomplie au profit des absens, s'applique, sans distinguer les causes de l'absence, à tous ceux qui n'ont pas été défendus : *omnes*, dit Ulpien (*fr.* 21, *eod.*), *qui absentes non defenduntur* (V. Vinnius *hic*).

Il en est autrement dans le cas inverse, c'est-à-dire, lorsque l'impossibilité d'agir est résultée de l'absence du propriétaire qui n'avait point de *procurator* pour soutenir ses intérêts (*Paul. fr.* 39, *eod.*). Alors il peut être réintégré contre l'effet de l'usucapion, mais seulement lorsque l'absence a été motivée par une crainte raisonnable (*Ulp. fr.* 1, § 1; *fr.* 3; *Callist. fr.* 2, *eod.*), ou nécessitée par un service public (*Ulp. d. fr.* 1, § 1; *fr.* 5; *Callistr. fr.* 4, *eod.*). Le préteur réintègre pareillement les prisonniers de guerre qui, à leur retour, sont admissibles au droit de *postliminium* (*Ulp. d. fr.* 1, § 1; *fr.* 15; *Callistr. fr.* 14, *eod.*), et les hommes libres qui vivaient IN SERVITUTE (*Ulp. d. fr.* 1, § 1; *Callistr. fr.* 11; *Paul. fr.* 13, *eod.*), ou étaient détenus d'une manière quelconque (*Ulp. d. fr.* 1, § 1; *fr.* 10; *Callistr. fr.* 9, *eod.*).

1172. Dans ces différens cas, l'ancien propriétaire revendique comme si la chose lui appartenait encore, et l'action utile que lui accorde à cet effet le droit prétorien (*Diocl. et Max. C.* 5, *quib. ex caus. major.*; *Ulp. fr.* 17, *in quib. caus. maj.*), prend le même nom que la précédente, sans doute parce que l'une et l'autre ont été introduites par le même préteur (1163). Ainsi, deux actions publiciennes se donnent, chacune dans un but opposé, l'une par extension du principe de l'usucapion, l'autre pour restreindre ce même principe en détruisant un de ses effets; mais, dans ce dernier cas, l'action publicienne, appelée rescisoire par les interprètes (1), étant directement contraire au droit civil, doit être demandée dans le cours de l'année (*Paul. fr.* 35, *de obl. et act.*), après la cessation de l'absence (*si.. abesse desit, tunc intra annum, etc.*; § 5, *h. t.*), et en général après la cessation des causes qui empêchaient d'agir; *intra annum*, dit le préteur, *quo primum de ea re experiundi potestas erit* (V. *Ulp. fr.* 1, § 1, *ex quib. caus. maj.*).

L'année dont il s'agit est l'année utile (290; *Alex. C.* 3, *de restit. mil.*), dont le calcul difficile et incertain (V. *Justin. C.* 1, *de annal. except.*) a été remplacé, dans le bas-empire, par un délai continu, que Justinien (*C.* 7, *de temp. in integr.*) fixe à quatre ans (2). L'empereur veut aussi que, malgré l'absence du possesseur, le propriétaire puisse toujours interrompre la prescription, en manifestant, dans une requête adressée au magistrat supérieur ou dans une protestation authentique, l'intention de revendiquer. Ce moyen d'interruption supprime l'action rescisoire, du moins pour le cas où la prescription aurait couru au profit d'un absent.

1173. Des actions du même genre, c'est-à-dire des actions réelles, prétoriennes et

obtenus, si la restitution avait été faite au moment où l'action a été donnée (*Caius, fr.* 18 *et* 20, *de rei vind.*; V. § 3 *de offic. jud.*).

(1) A cause du mot *rescissoria* qui se trouve dans plusieurs textes (*Ulp. fr.* 28, § 5 *et* 6, *ex quib. caus. maj.*), pour indiquer le caractère plutôt que le nom de l'action qui se donne *rescissa usucapione* (§ 5, *h. t.*), comme d'autres se donnent *rescissa traditione* (§ 6, *h. t.*), ou *rescissa alienatione* (*Ulp. fr.* 13, § 1, *de minor.*).

(2) Non-seulement lorsqu'il s'agit de rescinder l'usucapion, mais pour tous les cas de *restitutio in integrum*. Constantin avait déjà substitué à l'année utile un délai continu de deux ans pour l'action de dol (*C.* 8, *de dol.*), et de cinq, quatre ou trois ans pour la restitution des mineurs, selon qu'ils étaient de Rome, de l'Italie ou des provinces (*C.* 2, C. Th. *de in integr. rest.*). C'est le terme moyen de quatre ans que Justinien adopte pour tout l'empire, et pour toutes les restitutions, soit de mineurs, soit de majeurs, sauf l'action de dol, dont la durée reste fixée comme elle l'était par la constitution de Constantin, qui est conservée dans le code de Justinien.

rescisoires comme celle dont on vient de parler, sont accordées, pour des motifs non moins équitables, à plusieurs autres personnes (§ 5, *h. t.*) que le préteur réintègre en certains cas dans la propriété des objets qu'elles auroient aliénés. Tels sont, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis, les mineurs que le droit civil suppose capables d'aliéner, soit seuls, soit avec autorisation de tuteur, dans le cas où ils seraient encore impubères (506). Si l'aliénation légalement consentie préjudicie aux intérêts du mineur, le préteur vient à son secours, et entre autres moyens de réparation, il accorde quelquefois, *rescissa alienatione*, une action réelle contre le détenteur de la chose, quel qu'il soit (*Ulp. fr.* 13, § 1, *de minor.*). Tel est encore, même après l'âge de vingt-cinq ans, le propriétaire qui aurait consenti, mais par crainte, une aliénotion quelconque. Le droit civil, qui exige la volonté du propriétaire sans examiner pourquoi ni comment il a été conduit à vouloir (§ 1, *de except.*), admet la validité d'une pareille aliénation; le préteur, au contraire, la considère comme non avenue (*Paul.* 1 *sent.* 7, § 6; *Ulp. fr.* 9, § 3 *et* 6, *quod met. caus.*) et permet à celui qui a consenti par crainte, d'intenter une action réelle, à moins qu'il ne préfère agir au quadruple par une action personnelle (*Paul.* 1 *sent.* 7, § 4 *et* 6, *eod.*), dont il sera question plus loin (§ 25, 27 *et* 31, *h. t.*).

§ VI.

1174. Entre autres aliénations valables d'après le droit civil, et considérées comme non avenues par le droit honoraire, il faut remarquer ici celle qu'un débiteur ferait en fraude de ses créanciers. Cette fraude suffit, d'après la loi Ælia Sentia, pour empêcher l'affranchissement d'un esclave (82); mais en prohibant la manumission qu'elle frappe de nullité, cette loi ne statue que sur un cas particulier; et toute autre disposition du maître sur la chose reste valable. Il peut donc aliéner tous ses biens et même ses esclaves qu'il n'aurait pu affranchir (*Pompon. fr.* 26, *de contrah. empt.*; *Ulp. fr.* 6, § 5, *quæ in fraud.*). Il ne reste alors, pour les créanciers fraudés, d'autre ressource que de faire révoquer l'aliénation qu'ils n'ont pu empêcher. C'est ce que leur accorde le préteur, en rescindant la tradition qui aurait transféré la propriété (*rescissa traditione*), et en permettant, non pas au débiteur lui-même, mais à ses créanciers (*ipsis creditoribus*), de revendiquer la chose comme n'ayant pas été livrée (*traditam non esse*), et, par suite, n'ayant pas cessé d'appartenir à leur débiteur, *ob id in bonis debitoris mansisse.*

S'il existe une action réelle bien caractérisée, c'est assurément celle qu'on élève sur une question de propriété, en soutenant, comme le font ici les créanciers, que la chose, dont l'aliénation est considérée comme non avenue, n'a pas changé de maître. A cet égard, le témoignage exprès de Théophile concorde avec le témoignage tacite de Justinien. En effet, notre paragraphe est un de ceux que l'empereur consacre aux actions réelles prétoriennes (V. § 8, *h. t.*), et la place que ce texte occupe est encore justifiée par la similitude qu'il présente avec le texte précédent. Tous deux supposent une propriété transférée, l'un par usucapion, l'autre par tradition; tous deux supposent que le préteur rescinde, dans un cas l'usucapion, dans l'autre la tradition, c'est-à-dire le fait, quel qu'il soit, d'où résulterait l'aliénation, et permet d'agir comme si le précédent propriétaire n'avait pas cessé de l'être. C'est toujours la même prétention et toujours la question de propriété soulevée, dans les textes précédens, par le propriétaire même, et ici par ses créanciers qui revendiquent la chose de leur débiteur. Aussi agissent-ils, suivant Théophile, contre la personne qui détient.

1175. Toutefois, les titres correspondans au Digeste (*liv.* 42, *tit.* 7) et au code (*liv.* 7, *tit.* 75) nous montrent les créanciers fraudés agissant, soit contre les complices du débiteur ou contre leurs héritiers (*Ulp. fr.* 10, § 25, *quæ in fraud.*; *Diocl. et Max.*, *C.* 5, *de revoc. his*), lors même qu'ils ne possèdent plus (*Paul. fr.* 9, *eod.*), soit contre le maître des esclaves complices de la fraude, jusqu'à concurrence de ce dont il aurait profité, ou de ce qui compose leur pécule (*Ulp. fr.* 6, § 12, *eod.*). A ces signes il est impossible de ne pas reconnaître une action personnelle: aussi plusieurs interprètes, notamment Voet (*liv.* 42, *tit.* 7, *n°* 12) et Ev. Otton (*hic*) ont-ils cessé de la confondre

avec l'action réelle et rescisoire de notre texte; mais pour expliquer comment il peut exister deux actions et comment les créanciers fraudés agiraient tantôt *in rem* et tantôt *in personam*, Voet et Otton distinguent si l'aliénation frauduleuse a précédé ou suivi l'envoi en possession que le magistrat accorde aux créanciers, c'est-à-dire la saisie des biens. Ils pensent que l'action des créanciers, personnelle dans le premier cas, devient réelle dans le second, parce que l'envoi en possession constitue, pour les créanciers qui l'obtiennent, une sorte de gage ou hypothèque nommée *pignus prætorium* (*Justin. fr.* 1 *et* 2, *de pign. præt.*). C'est de ce gage que Voet et Otton font dériver l'action réelle de notre texte (1), et alors ils la transforment, sans le prévoir, en action hypothécaire. Cette conséquence de leur théorie en devient la réfutation : car, pour agir hypothécairement, le gage que les créanciers auraient obtenu suffirait, et ils n'auraient pas besoin de faire rescinder la tradition, de soutenir que le débiteur est resté propriétaire, ni surtout d'examiner si l'aliénation est frauduleuse. L'erreur, à cet égard, provient d'un système trop généralement adopté : Voet et Otton pensaient que les créanciers ne peuvent jamais agir, en cette seule qualité, par action réelle; et de ce que notre texte le leur permet, on croyait devoir conclure qu'ils agissent ici, non comme simples créanciers, mais en vertu d'un droit particulier sur la chose aliénée, droit acquis avant l'aliénation. C'est pour trouver ce droit, quel qu'il fût, que l'on supposait l'antériorité du gage prétorien. Il faut, je crois, reconnaître avec Cujas qu'il est question de la propriété des choses aliénées, et conséquemment de leur revendication. Ce sont, il est vrai, les créanciers qui revendiquent, mais en soutenant que ces choses appartiennent toujours à leur débiteur. C'est donc le droit fictivement rendu à ce dernier qui se trouve exercé ici, de son chef, par ses créanciers.

1176. Quoi qu'il en soit, d'après les principes conservés aux Pandectes, l'action des créanciers fraudés (2) s'exerce contre les personnes qui, traitant avec le débiteur, auraient connu la fraude par lui commise (*Ulp. fr* 1; *fr.* 6, § 8, *quæ in fraud.*), ou auraient reçu de lui une libéralité quelconque. Ces derniers sont tenus jusqu'à concurrence de ce dont ils sont devenus plus riches; et comme on ne leur enlève qu'un bénéfice sans les exposer à aucune perte, on ne distingue pas s'ils ont ou non connu la fraude (*Ulp. d. fr.* 6, § 11, *eod.*; *Diocl. et Max. C.*5, *de revoc. his*).

Les créanciers poursuivent ainsi la révocation de ce que le débiteur aurait fait en fraude de leurs droits, soit en opérant par tradition l'aliénation directe d'un objet corporel, soit en accordant remise de ce qui lui était dû, soit en laissant éteindre, faute de l'exercer, un droit de servitude ou d'usufruit (*Ulp. fr.* 1, *pr.* § 1 *et* 2; *fr.* 2 *et* 3; *Paul fr.* 4, *eod.*), et généralement la révocation de tout acte qui aurait conduit le débiteur à ne plus avoir ce qu'il avait auparavant (*Ulp. d. fr.* 3, § 2). Du reste, ce qu'il aurait fait pour ne pas acquérir, par exemple en répudiant une hérédité ou un legs, n'est pas susceptible de révocation. Dans ce cas, le renonçant ne diminue pas son patrimoine, et cette circonstance suffit, quelle que soit d'ailleurs l'intention du débiteur, pour soustraire ses actes à la critique des créanciers (*Ulp. fr.* 6, *pr.* § 1, 2, 3, 4 *et* 5, *quæ in fraud.*).

La fraude, en effet, ne résulte pas de l'intention seule; elle existe, ainsi que nous l'avons vu (87), lorsque l'intention de frustrer les créanciers concourt avec le préjudice réel que le débiteur leur cause en se rendant insolvable (*Papin. fr.* 79, *de reg. jur.*); aussi doivent-ils constater l'insuffisance des biens qu'ils font saisir (*bonis ex sententia præsidis possessis; text. hic*), et vendre par l'autorité du magistrat, avant d'exercer leur action, dont la durée n'est que d'une

(1) Suivant eux, il faudrait changer la ponctuation, reporter le deux-points après POSSESSIS, et ne laisser qu'une virgule entre TRADIDERANT et BONIS EJUS. Alors, en effet, ces mots *bonis ejus a creditoribus ex sententia præsidis possessis*, rattachés au premier membre de phrase, se référeraient, par une locution purement énonciative, à l'envoi en possession comme à un fait préexistant; tandis que, dans le second membre de phrase, les mêmes mots présentent l'envoi en possession comme une condition préalable que les créanciers auront à remplir avant d'exercer leur action, et c'est ainsi que l'entendait Théophile.

(2) Cette action, toute personnelle, se nomme paulienne (*Paul. fr.* 38, *pr. et* § 4, *de usur.*), et cependant Théophile, en caractérisant l'action réelle de notre texte, la nomme également paulienne.

année utile, à compter de la vente (*Ulp. fr.* 6, § 14, *quæ in fraud.*).

§ VII.

1177. Le contrat de gage, ainsi que nous l'avons vu (970), se forme par la tradition d'un objet que le débiteur livre à son créancier pour sûreté de la dette. La garantie, dans ce cas, vient de la possession, et se perd avec elle, du moins d'après le droit civil, qui n'accorde aucune action pour suivre et reprendre la chose passée en d'autres mains. D'un autre côté, pour nantir le créancier, il faut que le débiteur se dessaisisse, et alors l'usage des objets engagés se trouve perdu pour lui. Il devenait donc difficile et souvent impossible de mettre en gage certains objets, notamment ceux qui sont indispensables à chacun pour exercer son industrie ou sa profession : cependant, il importe au crédit de chacun d'avoir des garanties à offrir pour les engagemens qu'il veut contracter (§ 4, *quib. mod. re*); aussi, pour donner, à cet égard, des facilités que refusait le droit civil, le préteur admet que les créanciers acquerront et conserveront, indépendamment de toute possession, les garanties que donne le contrat de gage.

A cet effet, on leur a permis de suivre, par une sorte de revendication (1), soit le gage proprement dit, c'est-à-dire la chose qui leur avait été livrée et dont ils auraient perdu la possession, soit même l'hypothèque ou la chose qui, sans aucune tradition, aurait été affectée par simple convention au paiement de la dette; dans l'un et dans l'autre cas, les créanciers agissent contre tout détenteur (*ab omni possessore; Marcian. fr.* 12, § 7, *qui potior.*) par une même action que l'on appelle hypothécaire, en sorte que relativement à l'exercice de cette action, gage et hypothèque (2) deviennent synonymes, à cause de la similitude de leurs effets (*text. hic; Marcian. fr.* 5, § 1, *de pign. et hyp.; Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 1, *de pigner. act.*), quoiqu'il existe une différence importante dans la manière dont chacun d'eux se contracte (*text. in fin.; Ulp. fr.* 9, § 2, *de pign. act.; Caius*, 4, *fr. de pign. et hyp.; fr.* 238, *de verb. sign.*).

1178. L'action hypothécaire n'est qu'une extension d'une autre action introduite par le préteur Servius pour un seul genre de créance. En effet, l'action servienne n'était accordée qu'au bailleur d'un fonds rural sur les effets appartenant au fermier ou colon et affectés au paiement des fermages, *de rebus coloni quæ pignoris jure pro mercedibus fundi tenentur*, ce qui doit s'entendre des choses ainsi affectées par une convention expresse, et par la convention seule, car, d'une part, il n'existe point d'affectation tacite sur les meubles apportés par le colon sur la ferme (*Nerat. fr.* 4, *in quib. caus.*); et d'autre part, les actions que le droit honoraire accorde au sujet du droit de gage, naissent du simple pacte (*Paul. fr.* 17, § 2, *de pact.*). Plus tard on a senti la nécessité de généraliser le principe de l'action servienne; et, par extension, l'on a donné, pour toute espèce de créance (*Marcian. fr.* 5, *de pign. et hyp.*), l'action servienne utile (*Papin. fr.* 1, § 2, *de pign. et hyp.; Gordian. C.* 1, *de precar.*) ou quasi-servienne, autrement dite action hypothécaire (3), *qua credito-*

(1) V. Paul (*fr.* 12, § 1, *quib. mod. pign. solv.; fr.* 29, *de pign. et hyp.*), et Marcien (*fr.* 16, § 3, *eod.*).

(2) Vinnius (*hic n°* 12) a remarqué que le mot *hypotheca*, si fréquent dans les textes compilés par Tribonien, ne se rencontre jamais dans les autres. Vinnius en conclut que les anciens jurisconsultes n'ont point connu cette expression, et qu'elle aura été substituée par Tribonien au mot *fiducia*, dont ils se servaient fréquemment, et qui n'existe plus dans les Pandectes. Il est certain que Tribonien, en supprimant le mot *fiducia*, a dû le remplacer par une autre expression, peut-être par celle de *pignus* (1071), mais il n'aurait pu employer le mot *hypotheca*, qui désigne un gage purement conventionnel, tandis que la fiducie s'opérait par les solennités de la mancipation (972). Ainsi les textes du Digeste (*Caius; fr.* 4, *de pig. et hyp.; Ulp. fr.* 9, § 2), qui admettent une espèce de gage purement consensuel, n'ont jamais pu s'appliquer à la fiducie, et combien d'autres altérations ne faudrait-il pas supposer dans le titre de *pignoribus* et *hypothecis*? D'ailleurs, quelle aurait été l'utilité des actions servienne ou quasi-servienne pour le créancier à qui la fiducie transférait le domaine quiritaire et par suite la revendication? Toutefois, le fait observé par Vinnius est très-remarquable, et d'autant plus que l'observation s'applique même aux Institutes de Caïus.

(3) V. Théophile (*hic*). Les jurisconsultes et les empereurs l'appellent purement et simplement servienne (*Paul. fr.* 7, *quæ res pign.; fr.* 18, *de pign. et hyp.; Papin. fr.* 3, *eod.; Julian. fr.* 28, *de pigner. act.; Diocl. et Max. C.* 14, *de obl. et*

res pignora hypothecasve persequuntur (1).

1179. Ici, comme dans la revendication proprement dite, on agit contre le détenteur quel qu'il soit (*Marcian. fr.* 12, § 7, *qui potior.*), fût-ce le débiteur lui-même, ou l'acquéreur auquel il aurait transféré la propriété; car l'aliénation ne change rien aux droits du créancier (*Diocl. et Max. C.* 15, *eod.*; *C.* 12, *de distr. pign.*). En conséquence, le juge ordonne au défendeur de restituer la chose, afin que le créancier puisse exercer le droit qu'il a de posséder (*Florent. fr.* 35, § 1, *de pigner.*), et même d'aliéner (513). Toutefois, comme le paiement éteint la créance, quelle que soit la personne qui paie (1106), le détenteur poursuivi par l'action hypothécaire peut toujours la repousser en soldant la créance (*Caius, fr.* 11, § 4, *qui potior.*; *Paul.*, *fr.* 12, § 1, *quib. mod. pign. solv.*). Il est donc à son choix de restituer la chose ou de la conserver en payant la dette (*Marcian. fr.* 16, § 3, *de pign. et hyp.*), c'est-à-dire toute la dette. En effet, le droit du créancier subsiste, malgré le paiement partiel, sur toute la chose soumise à l'hypothèque (*Ulp. fr.* 19, *eod.*), et cela quoique le détenteur soit totalement étranger à l'obligation, ou n'en doive que la portion qu'il paie. Ainsi, par exemple, au décès du débiteur primitif, la dette se divise entre plusieurs co-héritiers comme l'hérédité même, et chacun d'eux, en soldant sa part, libère sa personne; mais la chose hypothéquée reste affectée entre ses mains pour tout ce que doivent encore les autres héritiers, comme si le défunt lui-même n'avait fait qu'un paiement partiel (*Pompon. fr.* 8, § 2, *de pign. act.*; *Diocl. et Max. C.* 16, *de distr. pign.*), et l'action hypothécaire conserve tout son effet (2).

1180. Le créancier qui intente cette action prétend avoir un droit de gage sur la chose possédée par le défendeur, et pour justifier sa prétention, il doit prouver, non-seulement que le gage ou l'hypothèque ont été consentis, mais qu'ils l'ont été par la personne à qui la chose appartenait au moment même de la convention (*Marcian. fr.* 23, *de probat.*). C'est donc toujours une question de propriété que l'on soumet au juge, et ici, comme dans le paragraphe précédent, c'est la propriété du débiteur invoquée par les créanciers, mais justifiée par eux comme elle aurait pu l'être par le débiteur même, c'est-à-dire avec les mêmes preuves ou à l'aide des mêmes fictions. En effet, le créancier obtient par l'action hypothécaire le même succès que le débiteur aurait obtenu, soit par la revendication proprement dite, soit par l'action publicienne (3).

1181. Le même objet, dont la possession ne peut se trouver à titre de gage proprement dit qu'entre les mains d'un seul créan-

act.), et quelquefois pigneratienne (*Paul. fr.* 41, *de pigner. act.*; *Modest. fr.* 22, *de pign. et hyp.*; *Diocl. et Max. C.* 8, *si alien. res pign.*); quoique cette dernière dénomination désigne communément l'action personnelle qui résulte du contrat de gage, action à laquelle les contractans sont soumis en raison de leurs obligations respectives (976), et qu'il ne faut pas confondre avec l'action réelle dont on s'occupe ici (V. *Pothier, pand. just. XX, I*, 28; *ibid.* 19, *note f et h*).

(1) Le créancier peut agir à son gré, soit par action personnelle contre le débiteur, soit par l'action réelle qu'on lui accorde ici contre tout détenteur (*Diocl. et Max. C.* 14, *de obl. et act.*; *C.* 14 *et* 24, *de pign. et hyp.*), sauf à prévenir le débiteur par trois avertissemens (*Diocl. et Max. C.* 10, *eod.*), lorsque la chose hypothéquée n'est plus entre ses mains. — Justinien (*nov.* 4, *ch.* 2) exige, dans ce même cas, que le créancier discute préalablement les biens du débiteur et de toutes les personnes obligées pour lui.

(2) *Valer. et Gal. C.* 1, *si alien. res pign.*; *Diocl. et Max. C.* 2, *eod.* Justinien, en accordant cette action aux légataires et fidéicommissaires sur les biens du défunt, déclare qu'elle ne sera exercée contre le débiteur du legs ou du fidéicommis, que pour la portion dont chacun d'eux sera personnellement tenu (*C.* 1, *commun. de legat.*). En effet, il n'en est pas des legs comme des dettes de la succession. Le défunt était tenu de ces dernières en totalité: des legs, au contraire, sont une charge qui commence en la personne des héritiers après la mort du testateur. C'est alors aussi que commence l'hypothèque; et comme l'obligation personnelle, dont chacun d'eux est tenu, constitue précisément une obligation primitive dont personne n'était tenu antérieurement, l'hypothèque se trouve limitée dès son origine au montant de cette obligation. Cette décision ne déroge donc point à l'indivisibilité de l'hypothèque; pour y déroger véritablement, il faudrait décider que, lorsque le débiteur primitif des legs vient à décéder, l'action hypothécaire ne subsiste, contre chacun de ses héritiers, que pour la part dont il serait tenu personnellement; mais telle n'a pas été, selon moi, l'intention de Justinien.

(3) *Paul. fr.* 18, *de pign. et hyp.* Il serait également repoussé par les mêmes exceptions, notamment par l'exception de dol qu'opposerait un possesseur de bonne foi, si on ne lui tenait pas compte de la plus value de ses constructions (*Paul. fr.* 29, § 2, *eod.*).

cier, peut être successivement hypothéqué à plusieurs par différentes conventions, et alors la préférence appartient, indépendamment de l'époque où chaque obligation a été contractée, au créancier dont l'hypothèque a été constituée la première (*Marcian. fr.* 12, § 2 *et* 10, *qui potior.*). Tel est le sens de cet adage, PRIOR TEMPORE, POTIOR JURE (*Anton. C.* 4, *eod.*), et, en conséquence, quiconque a une hypothèque agit contre tous les détenteurs; mais ceux qui possèdent en vertu d'un gage ou d'une hypothèque antérieure à celle du demandeur, ont pour se défendre une exception spéciale (*Marcian. d. fr.* 12, *pr. et* § 7. V. *Valer. et Gal. C.* 6, *eod.*).

1182. L'hypothèque peut s'établir sur un ou plusieurs objets déterminés, ou sur tous les biens actuels du débiteur pris en masse, ou même sur tous ses biens présens et à venir (V. *Paul. fr.* 29, *pr. et* § 3, *de pign. et hyp.*; *Scævol. fr.* 34, § 2, *eod.*), le tout au gré des contractans et par le seul effet de leur consentement. Quelquefois même la convention se présume et l'hypothèque s'établit tacitement pour certains créanciers, notamment pour le locateur d'une propriété urbaine sur les objets apportés par le locataire dans le bâtiment qu'il occupe (*Nerat. fr.* 4, *in quib. caus. pign.*; *Ulp. fr.* 3, *eod.*; *Alex. C.* 5, *de locat. cond.*) et pour le bailleur d'un bien rural, mais seulement sur les produits du fonds (*Pompon. fr.* 7, *in quib. caus.*); car la même présomption ne s'étend point aux objets apportés par le colon sur le bien affermé (*Nerat. d. fr.* 4; *Alex. d. C.* 5). On appelle encore hypothèque tacite celle qui, indépendamment de toute convention, résulte de la disposition expresse de certaines lois. Telles sont entre autres (V. *Theod. et Val. C.* 6, *in quib. caus. pign.*; *C.* 8, *de secund. nupt.*; *fr.* 6, § 4, *de bon. quæ liber.*) l'hypothèque du fisc sur tous les biens de ses débiteurs (*Hermog. fr.* 46, § 3, *de jur. fisc.*; *Anton. C.* 1 *et* 2, *in quib. caus. pign.*), l'hypothèque accordée par Justinien aux légataires et fidéi-commissaires sur les biens du défunt (§ 2, *de legat.*; *C.* 1, *commun. de legat.*), et aux femmes sur les biens de leur mari pour sûreté des reprises dotales (§ 29, *h. t.*; *C. un.* § 1, *de rei uxor.*). Telle est aussi l'hypothèque des mineurs de vingt-cinq ans sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs, hypothèque introduite ou du moins reconnue par Constantin (*C.* 20, *de admin. tut.*).

§ VIII, IX ET X.

1183. Justinien passe aux actions personnelles prétoriennes sans avoir rien dit des actions personnelles civiles; mais on a vu précédemment que toute action *in personam* a pour cause une obligation; nous avons traité des contrats, des délits et en même temps des obligations et actions qu'ils produisent, actions qui sont toutes personnelles et presque toutes civiles (1). Après avoir distingué deux sortes d'obligations, civiles et prétoriennes (§ 1, *de oblig.*), on a donc suffisamment traité des premières. Il ne reste à parler que des secondes, et c'est à propos des actions personnelles prétoriennes qu'on va s'occuper ici de l'obligation que chacune d'elles sanctionne, comme précédemment et à propos des obligations civiles, on a indiqué les actions personnelles qui en dérivent.

Il existait à Rome des *argentarii*, ou vendeurs d'argent, qui se livraient à différentes opérations de banque et spécialement au change des monnaies dont ils étudiaient le titre pour apprécier exactement leur valeur. A raison de l'expérience qu'ils acquéraient dans cette partie, on les consultait et on les faisait intervenir dans presque tous les paiemens; souvent même ils se chargeaient de payer pour autrui, le créancier préférant la monnaie certaine et vérifiée d'un expert, à la monnaie douteuse du débiteur. Les *argentarii* ouvraient à leurs cliens des crédits, et par suite des comptes actifs et passifs dont ils tenaient écriture (V. *Ulp. fr.* 4; *Caius, fr.* 10, § 1, *de edend.*; *Cuj.* 10 *observ.* 14). Lorsqu'un d'eux s'était ainsi chargé de payer pour autrui, la convention était obligatoire, et par exception au principe général que les pactes ne suffisent point pour produire action (*Ulp. fr.* 7, § 4 *et* 5; *de pact.*), le créancier avait contre l'*argentarius* une action civile dite *receptitia* (§ 8, *h. t.*).

1184. Semblable promesse faite par toute autre personne restait dans la foule des pac-

(1) L'action *furti manifesti*, l'action *vi bonorum raptorum*, l'action d'injures, etc., sont prétoriennes (1124, 1129, 1143).

tes que rien ne distingue, et ne serait devenue civilement obligatoire que par les solennités de la stipulation (V. § 8, *in fin.*). Mais tandis que le droit civil refusait de sanctionner les promesses purement consensuelles, les préteurs plus équitables voulaient maintenir la foi promise (V. *Ulp. fr.* 1, *de const. pec.*), et saisissaient toutes les occasions de garantir l'exécution des pactes. Aussi les ont-ils sanctionnés, autant qu'ils le pouvaient, en accordant des exceptions (*Ulp. fr.* 7, § 4 *et* 7, *de pact.*; V. § 3, *de except.*), et quelquefois même des actions. C'est ainsi qu'à l'exemple de l'action *receptitia*, donnée par le droit civil contre les seuls *argentarii*, ils ont introduit l'action *constitutæ pecuniæ* contre toute personne (*cum omnibus... quicunque*); ce qui comprend les *argentarii* mêmes, et cependant l'action *receptitia* restait encore plus avantageuse que n'aurait pu l'être, contre eux, l'action *constitutæ pecuniæ*.

En effet, la première durait à perpétuité comme toutes les actions civiles (*pr., de perp. et temp.*); elle s'appliquait à tous les objets que l'*argentarius* aurait promis de payer, quels qu'ils fussent, et par cela seul qu'il l'avait promis, sans examiner s'il existait une dette préolable; tandis que l'action prétorienne *constitutæ pecuniæ*, ne durant quelquefois qu'une année, ne servait jamais que pour des quantités, ou, en d'autres termes, pour des choses *quæ pondere, numero, mensurave constant* (965), et seulement lorsque la promesse de payer avait pour cause une dette antérieure (*Justin. c.* 2, *de const. pec.*).

1185. Ces deux actions subsistèrent donc distinctes l'une de l'autre; mais Justinien, par une fusion semblable à celle qu'il a opérée sur les sénatus-consultes trébellien et pégasien (793) supprime l'action *receptitia* en cumulant tous ses effets avec ceux de l'action *constitutæpecuniæ*, qu'il rend perpétuelle, et permet d'intenter contre toutes personnes et pour toutes espèces d'objets indistinctement, pourvu toutefois que la promesse se réfère, comme l'exigeait le préteur, à une obligation pré-existante (*d. C.* 2, *de const. pec.*). Il semble effectivement qu'il en soit ici de la promesse de payer comme du paiement même : l'un et l'autre supposent une dette, et une dette de même nature, c'est-à-dire telle que le paiement, s'il avait eu lieu, ne pût pas être répété comme indûment effectué (V. *Ulp. fr.* 1, § 6, 7 *et* 8; *fr.* 3, *pr. et* § 1; *Papin. fr.* 25, § 1; *Paul. fr.* 29, *de const. pec.*).

1186. L'action *constitutæ pecuniæ* appartient au créancier contre le débiteur ou contre toute autre personne qui aurait promis de payer, sans employer les solennités de la stipulation (§ 8, *h. t.*); car le consentement des parties suffit sous quelque forme qu'il intervienne, comme dans les contrats purement consensuels (1032; V. *Ulp. fr.* 14, § 3; *Paul. fr.* 15, *de const. pec.*). Toutefois l'action ne résulte pas d'une promesse ou d'une convention quelconque, mais d'une convention particulière que l'on nomme *constitut*, à cause du verbe *constituere*, spécialement usité dans cette matière.

Constituere est une expression moderne qui remplace dans la langue latine l'ancien verbe accipere : l'un et l'autre signifient prendre jour pour exécuter une opération quelconque; constituere se soluturum serait donc promettre de payer à jour fixe (*Cujac. lib.* 29; *Paul. ad edict.*; *fr.* 4, 17 *et* 21, § 1, *de const. pec.*), avec l'intention précise de se soumettre à l'action *constitutæ pecuniæ*, en sorte que la convention faite dans tout autre but, et, par exemple, pour former une stipulation, ne peut, en aucun cas, obtenir l'effet d'un constitut (*Ulp. fr.* 1, § 4, *eod*).

1187. Quoique la promesse de payer ne soit assurément pas un paiement, il existe entre eux certaines analogies, et par suite on applique au constitut plusieurs principes du paiement, entr'autres celui qui permet de payer une chose pour un autre (*Ulp. fr.* 1, § 5, *de const. pec.*; V. 1106). On a douté qu'une obligation conditionnelle ou à terme pût servir de base au constitut (*Justin. C.* 2, *eod.*), sans doute, à l'égard de la première, parce que la dette n'existant pas encore (980), le paiement serait sujet à répétition (*Pomp. fr.* 16; *Cels. fr.* 48, *de cond. ind.*); aussi a-t-on décidé que le constitut serait suspendu par la même condition que la dette primitive (*Paul. fr.* 19, *de const. pec.*).

Pour l'obligation à terme, le doute n'avait pas les mêmes fondemens, aussi est-il levé, dès le temps d'Auguste, par Labéon; et même, suivant cet ancien jurisconsulte, la principale utilité du constitut aurait été d'avancer l'exigibilité des créances à terme,

en fixant le paiement soit à un jour plus prochain, soit au jour même où le constitut intervenait (1).

Le constitut, qui, à cet égard encore, ressemble au paiement, peut être fait au créancier, ou pour lui, en son nom et avec son consentement, à une autre personne (*Ulp. fr.* 5, § 2; *fr.* 7, *de const. pec.*; *Pothier, pand. just. XIII, V,* 12); et chacun peut constituer pour sa propre dette ou pour celle d'un tiers (*pro se vel pro alio*, § 9, *h. t.*) sans le consentement du débiteur ou même malgré lui (*Ulp. fr.* 27, *eod.*). Au premier cas, c'est-à-dire, lorsqu'il est consenti par le débiteur même, le constitut consolide et modifie la dette, soit en procurant au créancier une action que ne lui aurait pas donnée l'obligation naturelle, soit en ajoutant à l'action qu'il avait déjà, une autre action plus rigoureuse (V. *Caius*, 4 *inst.* 171), et qu'il exercera soit pour un autre objet, soit dans un autre lieu, soit à une autre époque (*Ulp. fr.* 1, § 5; *fr.* 5; *fr.* 3, § 2; *fr.* 4, *eod.*). Dans le second cas, le constitut consenti par un tiers produit une sorte de cautionnement, comme la fidéjussion, mais plus avantageux au créancier, puisque, même avant Justinien, on pouvait exercer l'action *constitutæ pecuniæ* sans perdre l'action primitive contre le débiteur (2).

1188. En effet le constitut se joint à l'obligation sans l'éteindre (*Caius, fr.* 28, *de const. pec.*; *Ulp. fr.* 15, *de in rem vers.*), et cependant il y apporte d'importantes modifications. Ainsi, lorsqu'il existe deux créanciers solidaires (984) ou un seul créancier avec un adjoint *solutionis gratia* (1010), le constitut fait, dans le premier cas avec l'un des créanciers, et dans le second cas avec le créancier seul sans adjonction, enlève au débiteur le droit de payer soit à l'autre créancier soit à l'adjoint (*Paul. fr.* 8 *et* 10, *de const. pec.*), parce que le constitut est à l'égard du créancier qui l'accepte, ce que serait un paiement par lui reçu (*Paul. d. fr.* 10), ce qui signifie, selon moi, qu'après le constitut comme après le paiement, il est réputé avoir toujours été seul créancier ou seul capable de recevoir (V. 985). Pareillement dans le cas d'une dette alternative qui permettait au débiteur de payer telle chose ou telle autre à son choix, le constitut, consenti pour l'une des deux, ôte la possibilité d'offrir l'autre en paiement (*Papin. fr.* 25, *eod.*). Il en serait de même, sans doute, de toute autre dette, si le constitut était consenti pour un objet qui n'est pas celui de l'obligation primitive.

Voyez, pour l'explication du § 10, celle du § 4 au titre suivant, *quod cum eo*, etc.

§ XI.

1189. On ne s'en rapporte point aux allégations d'un plaideur; on ne croit pas

(1) *Ulp. fr.* 3, § 1; *Paul. fr.* 4, *de const. pec.* Aussi Cujas a-t-il observé que le constitut se fait toujours à terme (*loc. sup. cit.*), et ce fut une question parmi les anciens jurisconsultes de savoir si l'omission du terme ne devait pas entraîner la nullité du constitut. Paul (*fr.* 21, §1, *eod.*) accorde en ce cas un délai tacite de 10 jours. Remarquez, à cette occasion, que la promesse de payer aujourd'hui même est véritablement à terme. En effet, l'action ne pourra être intentée que demain, tandis que l'obligation pure et simple permettrait d'agir immédiatement (977), *statim*, dit Paul (*d. fr.* 21, § 1).

(2) *Ulp. fr.* 18, § 3, *de pec. const.* Il existe plusieurs autres différences : en effet, 1° l'obligation principale et celle du fidéjusseur doivent toujours avoir le même objet (*Ulp. fr.* 8, § 8, *de fidej.*); l'objet du constitut, au contraire, peut n'être pas celui de la dette primitive (*Ulp. fr.* 1, § 5, *de const. pec.*); 2° le constitut peut avoir un terme moins éloigné que celui de l'obligation primitive (*Paul. fr.* 4, *eod.*). Cujas (*lib.* 29, *Paul. ad edict.*; *fr.* 4, 10 *et* 13, *eod.*) nie qu'il y ait à cet égard aucune différence entre le constitut et la fidéjussion : il se fonde sur la règle même qui empêche le fidéjusseur de s'obliger *in duriorem causam* (1029), règle générale qui embrasse toutes les personnes obligées pour autrui, et par suite le constituant comme le fidéjusseur (*Ulp. fr.* 8, § 7, *de fidej.*). Aucun texte, dit Cujas, ne prohibe la fidéjussion pour un terme plus prochain que le terme de l'obligation. Pour moi, je dois déclarer que cette prohibition me paraît écrite, aux Institutes, dans la dernière partie du § 5 *de fidej.* Ce texte, après avoir déclaré que le fidéjusseur ne peut pas devoir plus que le débiteur principal, ajoute en terminant : *Non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur; plus est enim statim aliquid dare, minus post tempus dare.* Comment pourrait-on dire, après cela, que le débiteur pur et simple d'une chose ne doit pas plus que le débiteur à terme de cette même chose. Je ne puis, il est vrai, citer aucun autre texte; mais en retournant, à cet égard, l'observation de Cujas, je dirai que nulle part on n'a donné au fidéjusseur la faculté de s'obliger, comme le constituant, sous un terme plus rapproché que le terme dont jouit le débiteur.

Le constitut consenti pour une somme plus forte que la somme primitivement due est obligatoire, mais jusqu'à concurrence seulement de cette dernière valeur. En effet, l'excédant n'était pas dû (*Ulp. fr.* 11, § 1, *de const. pec.*). On a vu précédemment (1029) les doutes qui, dans la même hypothèse, s'élèvent sur la validité de la fidéjussion.

même aux sermens bénévoles qu'il ferait spontanément (*Ulp. fr.* 3, *de jurej.*); mais dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsqu'il a été déféré à l'une des parties par son adversaire ou par le juge, le serment prêté et la foi qu'il obtient sont considérés comme un excellent moyen de terminer les contestations (*Caius, fr.* 1, *eod.*). On distingue, à cet égard, le serment volontaire, le serment nécessaire et le serment judiciaire (1).

Cette dernière qualification s'applique au serment déféré, dans le cours d'un procès, par le juge. En effet, lorsque l'insuffisance des preuves fournies de part et d'autre (*inopia probationum ; Diocl. et max. C.* 3, *de reb. cred.*) n'a produit que des doutes (*in rebus dubiis ; Caius, fr.* 31, *de jurej.*), le juge peut, pour en sortir, déférer le serment à l'une des parties, et prononcer pour ou contre elle, suivant qu'elle aura prêté ou refusé ce serment (*Caius, de. fr.* 31, *de jurej.; Diocl. et Max. d. C.* 3, *de reb. cred.*).

1190. Lorsqu'il est certain que le défendeur doit être condamné, le serment judiciaire est encore usité pour déterminer la qualité des condamnations. A cette fin, le juge permet au demandeur de *jurare in litem*, c'est-à-dire, d'affirmer avec serment quel est pour lui l'intérêt du litige (*Marcell. fr.* 8; *Callistr. fr.* 10, *de in lit. jur.*). Toutefois, le juge qui défère un semblable serment peut ne le déférer que dans certaines limites, et jusqu'à concurrence d'une valeur qu'il précise (*Ulp. fr.* 4, § 2, *de in lit. jur.*); et même après le serment prêté, il pourrait encore, s'il existait pour cela de fortes raisons, prononcer une condamnation moindre, ou une absolution complète (*Ulp. d. fr.* 4, § 3; *Marcell. fr.* 5, § 2, *eod.*), sans être lié par un serment qu'il n'est jamais tenu de déférer (*Marcell. d. fr.* 5, § 1), et qu'il ne doit déférer que dans des cas spéciaux. Régulièrement, en effet, le demandeur n'est admis à *jurare in litem* que dans les actions réelles, dans les actions personnelles dites *bonæ fidei* ou dans l'action *ad exhibendum*, et seulement lorsqu'il y a dol ou mauvaise volonté de la part du défendeur. Lorsqu'on ne reproche à ce dernier qu'une simple faute, le juge doit apprécier lui-même ce qui est dû au demandeur sans déférer aucun serment (*Marcell. d. fr.* 5, § 3; *Paul. fr.* 2, § 1, *Ulp. fr.* 4, § 4, *eod.*).

1191. Dans toute contestation et quelle que soit l'action intentée (*Ulp. fr.* 3, § 1, 2 *et* 3; *fr.* 34, *de jurej.*), chacune des parties peut déférer le serment à son adversaire, en offrant de tenir pour vrai ce que celui-ci aura juré. Nul ne peut raisonnablement refuser une semblable proposition que dans la crainte de se parjurer; refuser, ce serait donc désavouer tacitement ce qu'on ne veut pas jurer. Aussi lorsqu'on n'en est pas dispensé par l'adversaire qui a déféré le serment (2), il faut jurer ou perdre son procès (*Ulp. fr.* 34, § 6, *eod.*). Néanmoins, on évite cette alternative en référant le serment à celui même qui l'avoit déféré; alors il n'existe pour celui-ci aucun motif plausible de se soustraire à une nécessité qu'il avait imposée le premier, et comme il ne peut plus renvoyer le serment, c'est lui qui doit le prêter ou perdre son procès (*Ulp. d. fr.* 34, § 7, *de jurej.; V. Papin. fr.* 25, § 1, *de pecun. const.*).

Le serment qui est ainsi déféré ou référé entre les parties qui sont en instance, soit *in jure*, soit *in judicio* (3), est celui que j'appelle nécessaire, par opposition au serment volontaire que l'une des parties défère également à l'autre, mais hors de toute instance, et avant que la cause ne soit portée devant le magistrat ou devant le juge (4).

(1) Voyez au Digeste, livre 12, la rubrique du titre 2.

(2) Le serment est considéré comme prêté, sans l'avoir été réellement, lorsque la partie qui était disposée à jurer en a été dispensée par son adversaire (*Paul. fr.* 6, *de jurejur.*), et il y a dispense tacite, lorsque celui qui a provoqué le serment refuse lui-même de jurer préalablement *de calumnia* (810; *Ulp. fr.* 34, § 4; *fr.* 37, *eod.; V.* § 1, *de pœn. tem. lit.*).

(3) Lorsque le serment a été déféré *in jure*, le prêteur fait perdre la cause du défendeur, en le contraignant de payer, comme s'il avait été condamné, ou celle du demandeur, en lui refusant l'action qu'il sollicite (*Ulp. fr.* 34, § 6 *et* 7, *de jurej.*). Au contraire, lorsque l'action est déjà donnée et la cause portée *in judicio*, c'est le juge qui prononce en absolvant le défendeur ou en le condamnant (*d. fr.* 34, § *ult.*). Ulpien, dans ces différens cas, suppose que le serment aurait été déféré au défendeur, mais par forme d'exemple; car le serment peut être déféré au demandeur, tout aussi bien que par lui (*Ulp. fr.* 9, § 7, *de jurej.; Diocl. et Max. C.* 8, *de reb. cred.*

(4) Les interprètes ne s'accordent pas sur la distinction des sermens volontaire et nécessaire. Cujas

1192. Alors tout dépend de la convention. Celui à qui son adversaire propose de jurer est libre de rejeter la proposition; mais, après avoir consenti, il ne peut point référer le serment qu'il a bénévolement accepté (*Paul. fr.* 17, *de jurej.*). Supposons donc le serment volontaire déféré et accepté.

Dans ce cas, la contestation semble tranchée par une sorte de transaction conditionnelle; et pour en maintenir l'effet, lorsque la prestation du serment a rempli la condition, le préteur considère comme prouvé (*Ulp. fr.* 5, § 2, *de jurej.*) ce qui serait ainsi juré. Il ne reste plus alors d'autre question que celle de savoir si le serment a été régulièrement prêté (1); et lorsque cette question est controversée, celui qui prétend avoir juré obtient, s'il est défendeur, une exception dont il sera question plus loin (§ 4, *de except.*), eu, s'il est demandeur, une action utile (*Ulp. fr.* 9, *pr. et* § 1; *Tryphon. fr.* 29, *eod.*) dite *de jurejurando*.

Cette dernière hypothèse est celle de notre texte. En effet, c'est un créancier, on soi-disant tel, qui, sur la proposition de son adversaire (*postulante adversario*), aurait juré *deberi sibi pecuniam*, et alors il ne s'agit pas de savoir si le demandeur est véritablement créancier (*an ei pecunia debeatur*), mais s'il a juré, *an juraverit* (*text. hic*; *Ulp. fr.* 9, § 1; *fr.* 5, § 2; *Paul. fr.* 28, § 10, *de jurej.*). En effet, l'action *de jurejurando* est une de celles que l'on nomme IN FACTUM (V. *Diocl. et Max. C.* 8, *de reb. cred.*).

1193. On appelle actions IN JUS celles dont l'*intentio*, dictée par le droit civil, pose une question de droit, par exemple, celle de savoir si le demandeur qui revendique a le domaine quiritaire, si le défendeur à une action personnelle est tenu de donner ou de faire, et quelques autres questions semblables (*Caius, 4 inst.* 45). Dans ce cas, la formule contient trois parties, la *demonstratio* qui énonce le fait à l'occasion duquel s'élève le litige, l'*intentio* qui pose la question de droit, et la *condemnatio*. Dans les actions *in factum*, au contraire, la question de savoir s'il y a propriété d'une part ou obligation de l'autre, la question de droit, en un mot, disparaît; les deux premières parties de la formule se confondent, et le fait, au lieu d'être simplement énoncé comme il le serait dans la *demonstratio*, passe dans l'*intentio* où il est mis en question (2).

Quoique les actions dont la formule est ainsi conçue ne posent pas une question de droit proprement dite, il n'en résulte pas toujours que la condamnation dépende uniquement de l'existence matérielle d'un fait et de sa vérification. Elle dépend souvent du caractère spécial qui serait attribué au fait et que le juge doit apprécier. Ainsi, dans l'action *de dolo*, il s'agit de savoir si le défendeur a commis un dol, et lorsque le demandeur articulera les faits d'où résulte ce dol, par exemple, l'inexécution de certaine promesse, le juge ne devra pas se borner à constater matériellement que la promesse existe et n'est point remplie; il faudra encore apprécier ce fait pour déterminer son caractère et décider s'il constitue un dol, en sorte que le fait, s'il n'était pas ainsi qualifié, serait inutilement constaté et n'entraînerait aucune conséquence. Il en serait autrement, si la condamnation était subordonnée à l'existence matérielle d'un fait déterminé, par exemple de certaine promesse non exécutée; car alors il suffirait au juge de constater le fait sans l'apprécier. Ce dernier cas présente l'action *in factum* dans le sens le plus étroit; c'est l'action *in factum* proprement dite, celle qu'on oppose, sous cette seule et unique dénomination, à plusieurs autres, et notamment à l'action de dol (V. *Ulp. fr.* 11, § 1, *de dol.*).

Les actions *præscriptis verbis* (1050, 1051, 1052) sont fréquemment dites IN FACTUM (*Caius, fr.* 22, *de præscr. verb.*),

applique la première de ces deux qualifications au serment déféré, parce qu'on est libre de le prêter ou de le référer, et la seconde au serment référé, parce que la même liberté n'existe plus. La distinction que j'adopte ici est celle de Voet.

(1) On jure ordinairement *per Jovem*, *per salutem suam*, *per genium principis*, ou de toute autre manière qui ne blesserait pas la religion de l'état (*Ulp. fr.* 13, § 6; *fr.* 5, *pr.* § 1 *et* 3, *de jurej.*); mais le serment nécessaire doit toujours être prêté tel qu'il a été déféré (*Ulp. fr.* 3, § 4; *fr.* 5, *fr.* 33; *Paul. fr.* 4, *eod.*), et le serment volontaire, tel qu'il a été convenu, à moins que l'on ne soit dispensé de le prêter par celui qui l'a déféré (V. *Paul. fr.* 6; *Ulp. fr.* 9, § 1, *eod.*).

(2) Voyez Caius (4 *inst.* 45 *et* 60), et comparez pour l'action de dépôt deux formules, dont l'une est *in jus* et l'autre *in factum* (*ibid.* 47).

mais dans une toute autre acception, puisque ce sont des actions civiles (*Papin. fr.* 1, *pr.* § 1 *et* 2; *Ulp. fr.* 15, *eod.*) dont l'*intontio* pose une véritable question do droit (V. *Nerat. fr.* 6, *eod.*) Aussi ne sont-elles *in factum* que sous le rapport de la *demonstratio*, en ce sens qu'au lieu do désigner la contrat par son nom, comme on auroit désigoé une vente, un dépôt ou tout autre contrat nommé (*Quod vendidit .... Quod deposuit;* V. *Caius*, 4 *inst.* 39), on employait une périphrase pour exposer en tête de l'action, c'est-à-dire dans la *demonstratio,* les circonstances créatrices d'un contrat innommé. Tel est du moins la sens que me paraissent offrir ces paroles da Dioclétien (*C.* 6, *de transact.*) : *præscriptis verbis rem gestam demonstrat.*

1194. Les préteurs ont introduit les actions *in factum*, tantôt pour suppléer à l'insuffisance d'une loi juste et nécessaire, par exemple de la loi Aquilia (1137), en étendant son opplication à des cas qu'elle n'avait pas prévus (V. *Pomp. fr.* 11, *de pr. verb.*); tantôt pour sanctionner un principe d'équité entièrement étranger au droit civil (1148, 1151), et notamment pour punir le dol (1231), tantôt pour faire respecter leurs propres édits, comme on le verra au § suivant, et quelquefois aussi pour mettre certaines personnes dans le cas d'exercer *in factum* l'action qu'elles n'auraient pu exercer *in jus.*

En effet, les fils de famille auraient inutilement prétendu, au moyen d'une action *in jus*, qu'une chose leur appartenait ou leur était due; car ce n'est pas eux, mais le père do famillo qui aurait été propriétaire ou créancier. Les actions *in factum*, au contraire, ne soulevant jamais aucune question de propriété ou d'obligation, peuvent être exercées par les fils de famille (*Ulp. fr.* 13, *de obl. et act.*); et lorsqu'on leur accorde spécialement les actions de dépôt et de commodot, c'est probablement parce qu'il existait pour chacune de ces actions une formule *in factum*, indépendamment de la formule *in jus* (V. *Caius*, 4 *inst.* 47).

1195. L'action *de jurejurando* et les autres actions *in factum* dont s'occupe ici notre texte, sont présentées comme personnelles; en affirmant le fait dont l'existence est mise en question, le démandeur n'argue ni d'un droit à lui appartenant, ni d'une obligation imposée au défendeur. Aussi la distinction des actions réelles et personnelles no s'appliquait primitivement qu'aux actions *in jus* : toutefois le fait dont la formule *in factum* fait dépendre une condamnation, peut et doit être considéré commo la cause d'une véritable obligation dont le demandeur argue implicitement. Delà vient sans doute que les actions *in factum* ont été déclarées personnelles, soit lorsque le fait se trouve imputé au défendeur, soit même lorsqu'il est articulé d'une manière générale et indépendamment de son auteur. Dans ce dernier cas, l'*intentio* seroit *in rem*, et l'action n'en serait pas moins personnelle; c'est ainsi du moins que je m'explique comment on a pu dire, en parlant de l'oction QUOD METUS CAUSA, d'une part, qu'elle est *in rem scripta* (*Ulp. fr.* 9, § 8, *quod met. caus.*), et d'autre part qu'elle est personnolle (§ 31, *h. t.*), dans le même sens que les interdits (V. *tit.* 15) qui sont personnels par leur nature même, quoique rédigés *in rem* (*Ulp fr.* 1, § 3, *de interd.*)

§ XII.

1196. Sont *in factum*, ainsi qu'on l'a déjà dit (1194), plusieurs octions pénales établies pour sanctionner certaines prohibitions du droit honoraire (V. *Caius*, 4 *inst.* 46), et d'abord pour empêcher d'altérer ou d'enlever les édits transcrits, soit *in albo*, c'est-à-dire, sur un tableau de couleur blanche, spécialement destiné à leur publication, soit même sur du papier ou toute autre matière. L'action populaire (1150) *de albo corrupto,* donnée contre quiconque aurait à dessein altéré ou enlevé les édits, entraîne une condamnation de 500 solides (*Ulp. fr.* 7, *pr.*, § 1 *et seq.*, *de jurisd.*).

Plus tard, l'altération des édits, ce qui sans doute s'applique aux édits du prince, a été considérée comme un faux et punie comme tello, par les constitutions impériales (*Modest. fr.* 32, *ad. leg. cornel. de fals.*; V. *Paul.* 1 *sent.* 13, § 3).

1197. Pour obtenir la formule d'une action, il faut nécessairement se présenter avec son adversaire devant le magistrat. Le demandeur doit donc, avant tout, appeler

celui-ci *in jus* (§ 3, *de pœn. tem. lit.*), en le sommant à haute voix de venir immédiatement avec lui. Après quoi, en cas de refus, on pouvait l'entraîner de force (V. *Pothier, pand. just. II, IV*, 1 *et* 2).

Il est impossible de porter ainsi la main sur toute personne indistinctement, sans blesser beaucoup de convenances. Aussi était-il défendu d'appeler *in jus* les magistrats supérieurs durant le cours de leur magistrature, les pontifes pendant qu'ils remplissaient leur ministère, et les particuliers eux-mêmes tant qu'ils restaient chez eux, ou lorsqu'ils vaquaient au dehors à certaines affaires dont on ne doit pas être détourné (V. *Ulp. fr.* 2 *et* 4 ; *Caius, fr.* 18; *Paul. fr.* 19 *et* 21, *de in jus voc.*).

Les enfans ne doivent appeler *in jus* leurs ascendans de l'un ou l'autre sexe qu'avec la permission du préteur (*Ulp. fr.* 4, § 1, 2 *et* 3 ; *Paul. fr.* 5 *et* 6, *eod.*). Les mêmes égards sont dus au père adoptif, tant qu'il conserve l'adopté sous sa puissance (*Ulp. fr.* 8, *eod.*) ; ils sont dus par tout affranchi à son patron, sans distinction de sexe, ainsi qu'aux ascendans et aux descendans du patron (*Ulp. fr.* 4, § 1, *fr.* 10, § 5 *et* 9 *eod.*), et même d'après les constitutions qui ont étendu le principe introduit par les préteurs, à l'épouse et à tout héritier du patron (*Alex. C.* 1 ; *Gord. C.* 2, *de in jus voc.*). En cas de contravention, la personne appelée *in jus* obtient contre son adversaire, une action dont la condamnation s'élève à 50 pièces d'or (*Ulp. fr.* 24, *eod.*), ou, suivant Caius (4 *ins.* 46), à 10,000 sesterces.

La violence, employée sur une personne pour la traîner *in jus* malgré elle, pouvait exciter les amis de cette dernière à recourir aux mêmes moyens pour la délivrer. A cet égard, et pour réprimer toute résistance illicite, le droit honoraire établit, au profit de celui qui avait droit de conduire un adversaire *in jus*, et contre chacun de ceux qui l'en ont empêché, en employant ou faisant employer la force, une peine équivalente à la somme qu'il prétendait obtenir de cet adversaire, sans préjudice des droits qu'il conserve contre ce dernier (*Ulp. fr.* 5, § 1 *et* 3 ; *fr.* 6, *eod.*).

§ XIII.

1198. Nous avons vu qu'en posant au juge la question que celui-ci devra décider, le préteur le charge en outre de condamner ou d'absoudre le défendeur, suivant que la question aura été affirmativement ou négativement résolue ; et, à cette occasion, nous avons distingué, entre autres parties de la formule, l'*intentio* qui pose la question, et la *condemnatio* qui confère au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre. Quelquefois, cependant, on n'ajoute pas ce pouvoir ; alors la formule, réduite à la seule *intentio* sans *condemnatio*, ne s'appelle plus *judicium* mais *præjudicium* ou *præjudicialis formula* (*Caius*, 3 *inst.* 123 ; 4 *inst.* 44 ; *Theoph. hic*), et dans notre texte *præjudicialis actio*, parce qu'on l'employait souvent pour faire statuer sur certaines questions dont la décision préalable importe à la décision d'une autre question, qui fera plus tard l'objet d'un *judicium* proprement dit (1).

C'est ainsi qu'on chargeait un juge d'examiner si tel individu est libre ou esclave, ingénu ou affranchi, et, en général, de décider les contestations relatives à l'état des personnes, ainsi que plusieurs autres questions;

(1) Par exemple, un patron réclame de son affranchi les services dont celui-ci est tenu (935), ou se plaint d'avoir été appelé *in jus* par ce dernier (1197) ; mais le prétendu affranchi se dit ingénu. Avant d'examiner les griefs du soi-disant patron, il faut décider si cette qualité lui appartient véritablement. (*Ulp. fr.* 6, *si ingen.*; V. *Anton. C.* 2; *Diocl. et Max. C.* 5 *et* 6, *de ord. cogn.*). Pour faire résoudre cette question préalable, le préteur donnerait un *præjudicium*, qui serait également donné *sine causa*, c'est-à-dire, quand même la question se présenterait seule, comme question principale et indépendante de toute autre (*Ulp. d. fr.* 6, *si ingen.*).

Le mot PRÆJUDICIUM se prend quelquefois dans une acception différente. Ainsi, pour exprimer que l'aveu du mari, dans une question de paternité, établissait un grand préjugé, c'est-à-dire une forte présomption, Ulpien (*fr.* 1, § 12, *de agnosc. et al.*) dit : *Grande præjudicium affert pro filio confessio patris*. Il arrive souvent que la décision à rendre sur une question, pourrait décider implicitement une autre question, qui, cependant, ne doit pas être ainsi préjugée ou jugée par avance. Alors, si le préteur accorde une action sur la première question, il restreint son effet au cas où la première question pourrait être décidée sans rien préjuger sur la seconde, et, dans ce but, il ajoute à l'action une exception conçue en ces termes : *Quod præjudicium hereditati non fiat* (*Caius*, 4 *inst.* 132 ; *Ulp. fr.* 25, § 17, *de hered. pet.*; V. *fr.* 5, § 2, *eod.*). Dans ce cas et autres semblables (*Afric. fr.* 16 *et* 18, *de except.* ; V. *Nerat. fr.* 21, *Paul. fr.* 54, *eod.*) le mot *præjudicium* prend un sens entièrement étranger aux *præjudicia* de notre texte.

c'est mal à propos, en effet, qu'en s'attachant aux exemples de notre texte, on limiterait aux questions d'état l'usage des *præjudicia*. Ils servaient dans plusieurs autres cas, par exemple, lorsqu'il s'agissait de déterminer le montant d'une dot constituée, *quanta dos sit*, et *alias complures*, dit Caius (4 *inst.* 44; V. 3 *inst.* 123).

1199. Notre texte cite, relativement à l'état des personnes, trois exemples de *præjudicia* dont le premier concerne la *liberalis causa*, ou question de liberté, lorsqu'il s'agit de savoir si tel individu est libre ou esclave. Cette question peut être soulevée dans deux intérêts opposés, soit sur une réclamation tendante à faire déclarer que la personne dont il s'agit est esclave, soit au contraire sur une réclamation tendante à la faire déclarer libre. Dans le premier cas, l'action appartient au maître ou à toute autre personne qui aurait sur l'esclave un droit quelconque, par exemple, un droit d'usufruit (*Ulp. fr.* 8, *de liber. caus.*; V. *fr.* 12, § 5, *eod.*). Dans le second cas, l'action appartient à l'individu même dont l'état serait en question (1); s'il ne voulait pas agir, l'action serait donnée, malgré lui, à l'un de ses parens, et à défaut de ceux-ci, à l'une de ses parentes ou à son épouse (*Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 1; *fr* 3, *pr. et* § 2; *Caius*, *fr.* 2, *de liber. caus.*). On la donnerait aussi à son patron (*Ulp. d. fr.* 3, § 3; *fr.* 5; *Caius*, *fr.* 4, *eod.*).

Les individus dont l'état est mis en question sont présumés, jusqu'à démonstration contraire, avoir l'état qu'ils possédaient ou dans lequel ils se trouvaient de fait à l'époque où les parties se sont présentées *in jus*. Celui qui, à cette époque, a été de bonne foi *in libertate* n'a donc rien à prouver. C'est aux adversaires à démontrer qu'il est esclave. Dans le cas contraire, celui qui serait *in servitute* ou même *in libertate*, mais avec mauvaise foi, devrait prouver qu'il est libre (*Ulp. fr.* 7, § 5; *fr.* 12, § 3 *et* 4, *de liber. caus.*).

1200. On donne également un *præjudicium* sur la question de savoir si telle personne est ingénue ou affranchie (*text. hic*; *Ulp. fr.* 6, *si ingen.*); et, conformément à la distinction précédente, la preuve doit être faite par le soi-disant patron, lorsque son adversaire possède l'état qu'on lui conteste. Dans le cas contraire, le soi-disant ingénu, dont la possession d'état serait celle d'affranchi, doit prouver sa prétention (2).

L'état d'une personne peut être contesté même après sa mort, non comme question principale, mais comme question préalable, de laquelle dépendrait la décision d'une autre question (*Diocl. et Max. C.* 13, *de liber. caus.*). Les empereurs Claude et Nerva ont décidé que, dans ce cas même, l'état dont le défunt était en possession au moment de sa mort ne pourrait être contesté que pendant cinq ans (*Callistr. fr.* 4, *pr. et* § 1, *ne de stat. defunct.*; *Valer. et Gal. C.* 6, *eod.*) par ceux qui voudraient lui attribuer une condition moins avantageuse; mais ce délai n'exclut pas ceux qui réclameraient pour le défunt une condition plus honorable (*Marcian. fr.* 1, *pr. et* § 4; *Herm. fr.* 3, *ne de stat. def.*; *Valer. et Gal. C.* 6, *eod.*).

1201. Cette prohibition ne s'applique point aux autres questions qui s'élèvent sur l'état des personnes, et à l'occasion desquelles on donne aussi des *præjudicia*, par exemple, pour savoir si tel individu est *sui juris*, ou fils de famille et soumis en cette qualité à la puissance de tel ou tel autre (V. *Ulp. fr.* 1, § 2, *de rei vind.*; *Gordian. C.* 5, *ne de stat. def.*); s'il est véritablement frère, neveu ou cousin de ceux qui ne veulent pas reconnaître en lui un pa-

(1) Avant Justinien, la personne à qui l'on contestait la qualité d'homme libre ne figurait point elle-même dans l'instance; soit qu'elle fût *in libertate* ou *in servitute*, elle devait toujours être représentée par un étranger qui voulait bien se constituer champion de la liberté, *assertor libertatis*, et, en cette qualité, soutenir le procès à ses risques et périls (V. *Caius*, 4 *inst.* 14; *Paul.* 5 *sent.* 1. § 10; *Constant. C.* 1 *et* 4, C. Th. *de liber. caus.*). La chose ainsi jugée entre l'*assertor* et le prétendu maître, jouissait de toute sa force pour la personne qui aurait été déclarée libre; sa liberté ne pouvait pas être contestée de nouveau par le même adversaire (*Alex. C.* 4; *Diocl. et Max. C.* 27, *de liber. caus.*); mais, en sens inverse, la personne qui aurait été déclarée esclave, pouvait encore se prétendre libre, et faire juger jusqu'à trois fois la même question. Justinien, en supprimant l'*assertor* et tout ce qui le concernait, a voulu que la chose jugée restât toujours immuable (*C.* 1, *de assert. toll.*).

(2) *Ulp. fr.* 14, *de prob.* Lorsqu'un affranchi se reconnait tel, et prétend seulement n'être pas l'affranchi de son adversaire, la question se réduit à savoir si la qualité de patron appartient à celui qui la réclame. Dans ce cas, c'est toujours à lui de prouver ce qu'il affirme (*Ulp. fr.* 6, *si ingen.*; V. *Paul. fr.* 2, *de prob.*).

rent (V. *Anton. C. de ord. judic.*); si telle femme est ou n'est pas l'épouse de tel ou tel homme (*Ulp. fr.* 3, § 4, *de agnosc. et al.*), et notamment si le mari de la mère est père do l'enfant. C'est dans ce but que celle-ci agit, en certains cas, contre son mari *de partu agnoscendo* (*d. fr.* 3, § 1 *et* 2), indépendamment du *præjudicium* qui serait donné sur la question de paternité, soit à l'enfant lui-même contre le mari de sa mère, soit à ce dernier contre l'enfant (*Ulp. fr.* 1, § 15; *fr.* 10, *eod.*).

1202. Dans les différentes contestations qui s'élèvent sur l'état des personnes, l'une des parties prétend avoir, ou, en d'autres termes, revendique une qualité, un titre et conséquemment un droit que l'adversaire conteste, comme précédemment nous avons vu l'existence d'un droit de servitude affirmée d'une part et déniée de l'autre. On ne sera donc pas étonné que les *præjudicia* relatifs aux questions d'état, soient comme les actions confessoires et négatoires, rangés parmi les actions *in rem* (*text. hic*; V. *Ulp. fr.* 1, § 2, *de rei vind.*). Peut-on en dire autant des *præjudicia* qui ne concernent pas l'état des personnes?

En citant ici trois *præjudicia*, Justinien attribue aux deux derniers une origine prétorienne, et au premier seulement une origine civile. En effet, il dérive de la loi des douze tables (V. *Caius*, 4 *inst.* 14; *Pomp. fr.* 2, § 4, *de orig. jur.*). Remarquez toutefois le mot *fere* qui n'offre ni une leçon ni un sens bien certain. Voyez les notes de Cujas et de Jonus à Costa.

§ XV.

1203. Justinien, après avoir distingué les actions réelles et personnelles, semble donner ici, pour chaque branche de cette division, une dénomination générique. On appelle revendications les actions *in rem*, et condictions les actions *in personam* dont l'*intentio* se réfère d'une manière générale à l'obligation par laquelle le défendeur serait tenu, soit de donner, soit de faire, *quibus* DARE FACERE *oportere intenditur* (*text. hic.*; *Caius*, 4 *inst.* 5). Au premier aperçu, on pourroit croire que cette définition embrasse toutes les actions personnelles; mais il s'en faut de beaucoup, puisque, dans plusieurs de ces actions, l'*intentio* diffère totalement de celle dont on parle ici (1158). Notre définition exclura donc de la classe des condictions, d'abord toutes les actions *in factum*; ensuite, parmi les actions *in jus* celles qui sont *bonæ fidei* (1224; § 28, *h. t.*). Ainsi la condiction, dans l'acception la plus étendue de ce mot, ne comprendrait que les actions *stricti juris*, sans les comprendre toutes.

Dans une autre acception, l'une des anciennes actions, dites *actiones legis*, se nommait *condictio*, à cause du verbe *condicere*, synonyme de *denunciare*, avertir, parce que le demandeur avertissait son adversaire de se représenter, après un délai de trente jours, pour recevoir un juge. Depuis la suppression des *actiones legis*, le mot *condictio*, pris dans un sens étranger à son étymologie (*non proprie*, *text. hic*; *abusive*, *Caius*, 4 *inst.* 18), désigne spécialement l'action personnelle dont l'*intentio* se réfère à la seule obligation de donner, DARE *oportere* (*text. hic*; *Caius*, 4 *inst.* 18).

Il existe donc deux condictions dont l'usage s'explique, en partie au moins, par les notions antérieurement établies sur la stipulation certaine ou incertaine (974). Dans le premier cas, le créancier ne soutient pas DARE FACERE *oportere*, mais simplement DARE *oportere*, et alors l'action s'appelle *condictio certi*, à cause de l'objet indiqué dans l'*intentio* (1). Au contraire, lorsque la stipulation est incertaine, l'*intentio* embrasse sans distinction tout ce que le défendeur serait tenu, soit à donner, soit à faire, DARE FACERE *oportere* (2). C'est la condiction dite *incerti* (V. *Ulp. fr.* 12, § 2, *de cond. furt.*; *Julian. fr.* 3, *de cond. sin. caus.*; *Martian. fr.* 40, § 1, *de cond. ind.*) que le plus souvent l'on désigne par le simple nom d'action, en indiquant la cause de l'obligation. C'est ainsi qu'on l'oppose, sous le nom d'action *ex stipulatu* ou d'action *ex testamento*, à la *condictio certi* (V. *pr.*, *de verb. obl.*; *Caius*, 2 *inst.* 204 *et* 213), qui, abstraction faite de l'étymologie, est la condiction proprement dite, celle

(1) « *Si paret...* DECEM MILLIA DARE *oportere* » (*Caius*, 4 *inst.* 41).

(2) « *Quidquid paret...* DARE FACERE *oportere* » (*Caius*, *ibid.*).

qui, dans les textes, est appelée *condictio* sans autre indication (1).

1204. Lorsqu'il n'existe ni stipulation, ni disposition testamentaire, la condiction, *certi* ou *incerti*, suivant la distinction précédente, a lieu pour toute obligation résultant, soit d'une loi qui n'a pas donné d'autre action (*Paul. fr.* 1, *de cond. ex leg.*; V. § 24 *et* 25, *h. t.*), soit du contrat littéral (*pr.*, *de litt. obl.*), soit du MUTUUM (*pr.*, *quib. mod. re contr.*), et en général de toute dation qui, n'étant pas une donation proprement dite, autorise à répéter les choses qui ont été transférées sans cause, c'est-à-dire sans but et sans motif (V. *Ulp. fr.* 1, *de cond. sin. caus.*), ou dans un but qui n'est pas encore rempli, *causa data*, *causa non secuta* (*Dig. liv.* 12, *tit.* 4; V. *Ulp. fr.* 1, § 1, *de cond. sin. caus.*; *Afric. fr.* 4, *eod.*), ou même dans un but illicite et honteux, lorsque l'infraction et la turpitude existent seulement du côté de la personne qui a reçu, et contre qui l'action sera intentée (*Ulp. d. fr.* 1, § 3, *eod.*, *Paul. fr.* 1, *pr.*, § 1 *et* 2; *fr.* 3, *de cond. ob turp. caus.*).

La condiction a également lieu pour la réparation du dommage auquel s'applique la loi *Aquilia*, et pour la restitution des choses volées (*Ulp. fr.* 9, § 1, *de reb. cred.*); mais ce dernier cas exige une explication particulière.

§ XIV.

1205. DARE, comme nous l'avons dit plusieurs fois, signifie transférer la propriété. Ainsi nul ne doit demander sa propre chose par une action dont l'*intentio* est *si paret* DARE *oportere*; car ce serait prétendre l'impossible, puisque personne ne peut acquérir ce dont il est déjà propriétaire (*text. hic*; § 10, *de legat.*; *Caius*, 4 *inst.* 4; *Paul. fr.* 159, *de reg. jur.*). De là ce principe que le propriétaire d'une chose ne peut la demander par condiction proprement dite, *si paret* DARE *oportere*; mais les mêmes textes qui établissent ce principe, admettent une exception toute spéciale pour le cas de vol.

Ainsi, indépendamment de la revendication que le propriétaire exerce contre tout détenteur, et conséquemment contre le voleur, tant que celui-ci détient, on accorde au propriétaire la condiction qui permet au juge de condamner le voleur ou ses héritiers, lors même qu'ils ne détiennent plus (*text. hic*; *Caius*, 4 *inst.* 4; *Ulp. fr.* 12, § 2, *usufr. quemad.*; *fr.* 1; *fr.* 7, § 1, *de cond. furt.*).

Ici, comme dans Caius, cette exception est motivée par la haine du vol (*odio furum*); on conçoit en effet qu'il importait de multiplier les moyens d'agir contr'eux, et de les soumettre, pour la restitution de la chose, à une action personnelle; mais pourquoi donner précisément la *condicto certi?* En effet, s'il est impossible de transférer au propriétaire sa propre chose, l'impossibilité existe pour le voleur comme pour toute autre personne.

§ XVI.

1206. Ici se présente une autre division tirée du but dans lequel sont intentées les actions. Le plus souvent, en effet, elles tendent à indemniser le demandeur en lui faisant obtenir ce dont il serait privé, *quod ex patrimonio nobis abest*, dit Paul (*fr.* 35, *de obl. et act.*), sans chercher à punir le défendeur. Quelquefois, au contraire, l'action a pour but de soumettre celui-ci à une peine pécuniaire indépendante du préjudice ou des pertes qu'aurait éprouvés son adversaire.

Dans ce dernier cas, l'action est pénale (V. § 1, *de perp. et temp.*; § 12, *h. t.*), parce qu'elle est donnée *pœnæ persequendæ gratia*. Dans le premier cas, au contraire, on dit, en parlant de l'action, qu'elle est donnée *rei persequendæ gratia* (*text. hic*) ou que *rem tantum persequitur* (*Caius*, 4 *inst.* 7), ou que *rei persecutionem continet* (*Paul. d. fr.* 35); car ici *res*, par opposition à *pœna*, signifie précisément *quod patrimonio abest*. Quelquefois on atteint l'un et l'autre but par une seule action qui se donne *tam pœnæ quam rei persequendæ causa* (§ 18, *h. t.*) et par cette raison s'appelle mixte (*text. hic*; § 17 *et* 18, *h. t.*).

(1) Comparez le *pr. quib. mod. re contrah.* avec le § 1, *eod.*, avec le § 6, *de obl. quæ quasi ex contr.*, et avec Ulpien (*fr.* 9, *de reb. cred.*). Comparez notamment *Ulp. fr.* 12, § 2, *de condict. furtir.* avec tout le reste du même titre.

§ XVII.

1207. Sont données *rei persequendæ causa* toutes les actions réelles, et parmi les actions *in personam* toutes celles qui dérivent d'un contrat quelconque (1), excepté le dépôt qui produit quelquefois une action mixte. En effet, l'action *depositi*, d'après la loi des Douze Tables, avait lieu pour le double de la chose déposée; mais le droit prétorien, distinguant deux sortes de dépôts, a restreint l'action au simple pour le dépôt ordinaire, et a maintenu la sévérité de la loi pour le dépôt nécessaire ou misérable (V. *Paul.* 2 *sent.* 12, § 11). On appelle ainsi le dépôt fait dans un moment de trouble et d'alarme, pour soustraire certains objets au péril dont les menace un incendie, un naufrage, la chute d'un bâtiment qui s'écroule, etc. (*Ulp. fr.* 1, § 3, *dep.*). Dans ce cas, on ne peut pas reprocher au déposant d'avoir mal placé sa confiance, puisqu'il ne choisit presque jamais le dépositaire. Aussi l'infidélité de ce dernier semble-t-elle plus coupable, et s'il nie le dépôt, il est condamné au double (V. § 26, *h. t.*; *Ulp. fr.* 1, § 2 *et* 4 *depos.*). Il en est de même de ses héritiers, lorsqu'ils sont personnellement infidèles; mais lorsque l'auteur du dol est décédé, ses héritiers, quoique tenus de son chef, ne le sont que *in simplum* (*text. hic*; *Nerat. fr.* 18, *dep.*).

§ XVIII ET XIX.

1208. Quant aux actions résultant des délits, quelques-unes, et notamment la condiction furtive, tendent *ad rei persecutionem* (§ 19, *de obl. quæ ex del.*); mais la plupart sont ou purement pénales, comme les actions *furti* (§ 18 *h. t.*), ou, mixtes, comme l'action *vi bonorum raptorum* (2) et plusieurs autres (V. § 23 *et* 26, *h. t.*).

Plusieurs actions tendent à punir un fait nuisible, et cependant la peine qu'elles infligent n'excède pas le tort qu'a éprouvé le demandeur. Relativement à lui, une pareille action *rei persecutionem continet* et n'a rien de pénal (*Ulp. fr.* 4, § 6, *de alien. jud. mut.*); mais elle conserve néanmoins ce caractère à l'égard du délinquant. Aussi, lorsqu'il est esclave, l'action devient-elle noxale (1258), et lorsqu'il est *sui juris*, ses héritiers n'en sont pas tenus, comme il l'aurait été lui-même (V. § 1, *de perp. et temp.*). Telle est l'action de dol (*Ulp. fr.* 9, § 4; *fr.* 17, § 1, *de dol. mal.*). Telles sont aussi plusieurs actions prétoriennes (*Ulp. fr.* 9, § 1, *quod fals. tut.*; *fr.* 3, § 5 *et* 6, *si mens. fals.*; *fr.* 4, § 5 *et* 6; *Caius*, *fr.* 7, *de alien. jud. mut.*). Telle est l'action de la loi Aquilia, lors même qu'elle n'excède pas le dommage qu'a éprouvé le demandeur (1135; V. *Vinnius, hic*; *Pothier, pand. just. IV, VII*, 9).

§ XX.

1209. La division qui vient d'être expliquée nous a montré des actions mixtes. A leur occasion, Justinien parle ici de certaines actions qui seraient mixtes (*mixtam causam obtinere videntur*) dans un autre sens, mais dans lequel?

Quoique la division des actions réelles et personnelles soit depuis long-temps épuisée, on a voulu voir ici une troisième branche de cette division bipartite, et les actions dont il s'agit ont été considérées comme mixtes en ce sens qu'elles seraient tout à la fois réelles et personnelles. Cette explication se fonde sur Théophile, et sur ces paroles de notre texte *tam in rem quam in personam*. Ceux qui admettent l'existence d'actions tout à la fois réelles et personnelles ne peuvent trouver ici qu'une énumération incomplète, puisque la moins douteuse des actions mixtes, s'il en existe dans le sens dont nous parlons, la pétition d'hérédité (V. *Diocl. et Max. C.* 7, *de petit. hered.*) ne s'y trouve pas; et d'ailleurs il serait absolument impossible de lui appliquer ce que

(1) *Caius*, 4 *inst.* 7, même lorsqu'on a stipulé une peine (V. § 7, *de verb. obl.*; § 19 *et* 21, *de inutil. stip.*); en effet la somme que demande alors le stipulant lui est due, comme toute autre chose qui serait *in stipulatum deducta* (*text. hic*). Cette peine conventionnelle n'est véritablement qu'une appréciation faite par les contractans eux-mêmes de l'importance qu'ils attachent à l'exécution d'une autre convention. Il ne faut donc pas confondre cette peine avec celle que l'on encourt par un délit (*Vinnius, hic*).

(2) Plusieurs jurisconsultes dont l'opinion n'a point prévalu, considérant cette action comme purement pénale, la déclaraient indépendante de la revendication et de la condiction, comme les actions *furti* (V. *Caius*, 4 *inst.* 8).

la dernière partie de notre texte dit des trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*. Mais il faut reconnaître que les caractères de l'action *in rem* sont incompatibles avec ceux de l'action *in personam*. Tantôt, en effet, le demandeur soutient que son adversaire est tenu envers lui d'une obligation quelconque, tantôt, au contraire, sa prétention est indépendante de toute obligation, et de là une division générale des actions en deux classes (*in duo genera*; § 1, *h. t.*) dont les caractères opposés ne sauraient se rencontrer dans une seule et même action. D'un autre côté, si l'on considère l'*intentio* et sa rédaction *in rem* ou *in personam*, selon qu'elle nomme ou ne nomme pas le défendeur, on avouera que ce doit toujours être l'un ou l'autre, jamais l'un et l'autre; alors aucune action ne sera tout à la fois réelle et personnelle. Il faut donc chercher une autre interprétation.

1210. Dans les cas ordinaires, lorsqu'une action est donnée à une personne contre une autre, on distingue un défendeur qui doit être condamné ou absous, et un demandeur qui peut ne pas réussir, mais qui, dans ce cas même, n'encourt aucune condamnation. Certaines actions, au contraire, autorisent le juge à condamner indistinctement l'une ou l'autre partie. On ne distingue sous ce rapport ni demandeur ni défendeur; les rôles sont confondus, et l'action, au lieu d'être donnée à une personne contre une autre, semble plutôt donnée entre plusieurs personnes dont la position reste égale. C'est ce qui arrive notamment dans les trois actions *familiæ erciscundæ, communi dividundo* et *finium regundorum*, où, en adjugeant, et conséquemment, en faisant acquérir à l'une des parties certains objets, le juge peut et doit la condamner à payer une somme déterminée (*text. hic in fin.*) conformément aux règles qui seront exposées plus loin (§ 4, 5 *et* 6, *de off. jud.*).

Les actions qui confondent ainsi les rôles de demandeur et de défendeur, sont celles qu'Ulpien (*fr.* 37, § 1, *de obl. et act.*) déclare mixtes; et comme les trois actions de notre texte figurent également dans le texte d'Ulpien, on devrait naturellement interpréter l'un par l'autre, si les mots *tam in rem quam in personam* le permettaient.

Cette locution, répétée dans plusieurs passages (§ 3; § 31, *h. t.*; *pr.*, *de perp. et temp.*) signifie constamment que le principe ou la distinction dont on s'occupe, s'applique tant aux actions réelles qu'aux actions personnelles. Prise ici dans le même sens, la même locution signifierait donc que les actions dont il s'agit, les actions *in quibus uterque actor est* (*Ulp. fr.* 37, § 1, *de obl. et act.*), se rencontrent parmi les actions réelles comme parmi les actions personnelles. S'il en était ainsi, notre texte citerait d'abord des exemples d'actions *in rem*, et ensuite des exemples d'actions *in personam*, comme au § 31; mais les trois actions dont il s'agit ici, sont personnelles (*Paul. fr.* 1, *fin. reg.*; *Justin. C.* 1, § 1, *de annal. except.*), et non-seulement notre texte ne cite aucune action réelle qui soit mixte dans le sens d'Ulpien, mais il serait difficile d'en trouver une seule (1).

La véritable interprétation sera celle qui, expliquant le texte dans toutes ses parties, s'appliquera aux actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum*, et à elles seules; car on ne pourrait dire d'aucune autre action, ce que disent de celles-ci nos dernières lignes (*in quibus tribus*, *etc.*).

1211. Ces trois actions, ainsi qu'on l'a déjà dit, confèrent au juge le double pouvoir d'adjuger les choses, et de condamner les personnes à raison des objets qui seraient adjugés à chacune d'elles, ou même à raison des obligations dont elles sont tenues respectivement (1093; V. § 3 *et* 4, *de obl. quæ quasi ex contr.*; § 4 *et* 6, *de off. jud.*); et en ce sens Ulpien, parlant de l'action *familiæ erciscundæ*, observe qu'elle embrasse deux objets distincts, les choses et les prestations (*duobus constat, rebus*

(1) On citerait tout au plus les *præjudicia* où le rôle de demandeur, qui peut appartenir à l'une comme à l'autre des parties, est généralement attribué à celle qui soutient l'affirmative de la question posée au juge (V. *Ulp. fr.* 12, *de except.*), et qui, par suite, est chargée de prouver. Cette distinction, relative à la preuve, n'a rien de commun avec l'égalité de position que certaines actions établissent entre les parties sous le rapport des condamnations. D'ailleurs il en résulte qu'au lieu de confondre les rôles de demandeur et de défendeur, le *præjudicium* les sépare, en attribuant chacun d'eux à une personne différente.

et præstationibus ; Ulp. fr. 22, § 4, *fam. ercis.; V. fr.* 4, § 3, *commun. div.*), c'est-à-dire, les choses qu'il faudra adjuger, et les prestations ou obligations qui amèneront la condamnation des personnes. C'est dans le même sens que notre texte attribue, aux trois actions dont il s'agit, *mixtam causam*, pour indiquer qu'elles ont un double effet, et donnent au juge un double pouvoir sur les choses et sur les personnes (*tam in rem quam in personam*), sur les choses qu'on lui permet d'adjuger, et sur les personnes qu'il devra condamner. Voyez au surplus les § 4, 5 *et* 6, *de off. jud.* avec leur explication.

§ XXI ET XXII.

1212. Les actions se donnent *vel in simplum*, *vel in duplum*, etc., c'est-à-dire pour obtenir une condamnation simple, double, triple ou quadruple; double, triple au quadruple de quoi? Où se trouve le premier terme de cette progression, qui s'arrête au quatrième (1)? Cette distinction paraît tirée de la manière dont serait conçue la formule (*conceptæ sunt ;* § 21, *h. t.*), et voici comme je comprends la chose.)

Souvent, et, par exemple, à l'occasion d'un *mutuum*, la formule demande au juge si le défendeur doit une somme déterminée, *si paret... decem... dare oportere*, et fixe le montant de la condamnation à cette même somme, *judex... decem... condemna* (*Caius*, 4 *inst.* 86). Ici la quotité de l'*intentio* se trouve purement et simplement reproduite dans la *condemnatio;* l'action est évidemment *in simplum*. Il en est encore de même, lorsqu'au lieu de poser un chiffre aussi absolu, la formule charge le juge d'évaluer l'objet à l'occasion duquel on agit (*quidquid ob eam rem... dare facere oportet*), en lui ordonnant de condamner à une somme équivalente (*id judex condemna*, ou *quanti ea res erit... tantam pecuniam condemnato; Caius*, 4 *inst.* 47, 50, 51) : mais si le chiffre que l'*intentio* pose ou laisse à l'évaluation du juge ne doit pas être purement et simplement reproduit dans la sentence; s'il faut le multiplier pour trouver le montant de la condamnation; si la question QUIDQUID... DARE FACERE OPORTET ou QUANTI EA RES ERIT ne doit se résoudre que pour fixer un multiplicande, alors l'action est *in duplum*, *in triplum* ou *in quadruplum*, suivant le taux du multiplicateur, au suivant le rapport arithmétique qui existe entre l'*intentio* et la *condemnatio*.

La division dont on s'occupe ici, ne se confond pas avec celle du § 16, mais s'en rapproche beaucoup. Ainsi les actions qui ont pour but *rei persecutionem*, sans être seules conçues *in simplum*, le seront toutes; tandis que les actions *in duplum*, etc., se trouveront exclusivement parmi les actions pénales ou mixtes. C'est du moins ce que semblent indiquer les exemples cités ici (§ 22, *h. t.*) et dans les paragraphes subséquens.

§ XXIII, XXIV, XXV.

1213. Les actions *in duplum* que cite Justinien, sont déjà connues. Remarquez toutefois l'action *servi corrupti* et les différens cas qu'elle embrasse (§ 23, *h. t.*).

Caius nous a conservé (3 *inst.* 191), pour le *furtum conceptum* et pour le *furtum oblatum*, deux exemples d'actions *in triplum*, tombées en désuétude (V. § 4, *de obl. quæ ex del.*). Il n'en resterait plus dans la législation du Bas-Empire, si Justinien n'avait créé, tout exprès peut-être pour la placer ici (§ 24), une autre action *in triplum* (2).

1214. Notre texte (§ 25, *h. t.*) cite comme exemples d'actions *in quadruplum*, l'action de vol manifeste déjà connue, l'ac-

(1) *Ulterius autem nulla actio extenditur* (§ 21, *h. t.*).

(2) Elle est donnée contre ceux qui, en formant une demande, auraient fait porter dans l'exploit (*libello conventionis*, § 24, *h. t.*) une valeur excédant celle qui est véritablement due par le défendeur, ce qui augmente le salaire proportionnel (*sportularum nomine*, *d.* § 24) que celui-ci doit payer aux huissiers (*viatores... executores litium*, § 24, *h. t.*). Dans ce cas, le demandeur doit être condamné à payer aux personnes contre qui la demande a été formée, le triple du tort qu'il leur a causé (§ 24 *et* 33, *h. t.; Justin. C.* 2, § 2, *de plus pet.*).

Les huissiers qui reçoivent au-delà du salaire fixé par Justinien, dans une autre constitution (*C.* 4, § 2, *de sport.*), sont condamnés à payer quatre fois l'excédant (§ 25, *in fin.*).

Observez que ces deux actions au triple et au quadruple, établies dans le Bas-Empire, supposent un système de procédure totalement étranger au système des formules usité à Rome.

tion *quod metus causa*, qui sera ci-après l'objet d'un paragraphe spécial, et une action mixte prétorienne, contre ceux qui se seraient fait payer par une personne, soit pour renoncer à un procès civil ou criminel dont ils la menaçaient *calumniæ causa*, c'est-à-dire par pur esprit de chicane, et pour le seul plaisir de tourmenter son adversaire, soit pour diriger contre un tiers un procès du même genre (§ 25, *h. t.*; V. *Ulp. fr.* 1, *pr. et* § 1; *fr.* 5, § 1, *de calumn.*).

Dans ce dernier cas, l'action n'appartient pas à celui qui aurait payé, mais aux personnes contre qui était dirigée sa malveillance (*Ulp. fr.* 3, § 2, *eod.*).

§ XXVI.

1215. Parmi les actions au double ou au quadruple, il en est dont la condamnation s'élève ainsi dans tous les cas (*omnimodo*, *text. hic*; § 27, *h. t.*) par sa nature même, comme l'action *servi corrupti*, l'action de vol non manifeste au double, et l'action de vol manifeste au quadruple (V. § 27, *h. t.*). Quelquefois, au contraire, le taux de la condamnation ne s'élève que par une circonstance accidentelle, et, en général, par la résistance que le défendeur opposerait mal à propos. C'est ainsi que l'action de la loi Aquilia et l'action de dépôt, dans le cas dont nous avons parlé précédemment (1207), se donnent au simple contre ceux qui avouent le fait (1), et au double contre ceux qui le dénient. Quant aux legs faits *locis venerabilibus*, il ne suffit pas, pour éviter la condamnation au double, de reconnaître la dette, il faut encore l'acquitter sans attendre les poursuites (*text. hic.*).

§ XXVII.

1216. Le droit civil, dans les effets qu'il attache à la volonté des personnes, se contente de la volonté même, sans examiner comment elle a été déterminée. Ainsi, l'homme qui, cédant à la violence, fait ce qu'il n'aurait point fait, ou consent ce qu'il n'aurait point consenti, s'il avait été libre, agit valablement d'après le droit civil, parce qu'il s'agit de savoir s'il a voulu, s'il a consenti, et non pas de savoir comment il a été conduit à vouloir (V. *Paul. fr.* 21, § 5, *quod met. caus.*). Le droit prétorien, au contraire, s'occupe des causes de la volonté, et lorsque celle-ci a été produite par la crainte sérieuse et actuelle (V. *Ulp. fr.* 5 *et* 9, *eod.*) que peut inspirer aux moins timides (*Caius, fr.* 6; *Ulp. fr.* 7, *eod.*), une violence illicite (*Ulp. fr.* 3; *fr.* 12, § 1, *eod.*) et irrésistible (*Paul. fr.* 2, *eod.*), il refuse de sanctionner ce qui a été fait (*Ulp. fr.* 1 *et* 3, *eod.*); et s'il en résulte un dommage, le préteur accorde ou une exception dont nous parlerons plus loin (§ 1, *de except.*), ou une action qui, étant donnée *de eo quod metus causa factum est* (*text. hic*; § 25 *et* 31, *eod.*), s'appelle ordinairement QUOD METUS CAUSA.

Elle est donnée contre l'auteur de la violence, et quel qu'en soit l'auteur, contre toute personne qui en aurait profité, même innocente et de bonne foi. (2). L'équité n'en souffre point, puisque la condamnation au quadruple n'est pas inévitable (*Ulp. fr.* 14, § 3 *et* 5, *quod met. caus.*) : en effet, l'action QUOD METUS CAUSA étant arbitraire (*Ulp. d. fr.* 14, § 4; V. § 31, *h. t.*), le juge ne condamne le défendeur qu'après lui avoir inutilement ordonné de restituer la chose (*ut qui judicis jussu ipsam actori restituat, absolvatur*; *text. hic.*).

1217. Pour restituer la chose, il faut, lorsqu'il s'agit d'un objet corporel aliéné par tradition, retransférer la propriété au demandeur par une autre tradition, lui remettre tous les produits qu'il aurait pu percevoir, lui tenir compte de tous les avantages dont il a été privé (*omnem causam*; *Ulp. fr.* 12, *quod met. caus.*), et garantir que cet objet n'a point été détérioré par le dol du défendeur (991; *Ulp. fr.* 9, § 5 *et* 7, *eod.*). Lorsqu'il s'agit d'une obligation contractée à son profit, le défendeur doit en faire remise à tous ceux qui ne se sont

(1) *In jure*, devant le magistrat qui accorde l'action et avant qu'elle soit accordée. Dans ce cas, le défendeur qui reconnaît avoir commis le délit, ou avoir reçu le dépôt, peut encore contester le taux des indemnités qu'on lui demande, et alors on donne un juge pour évaluer (V. *Ulp. fr.* 25, § 2, *de leg. aquil.*).

(2) Dans le trouble que cause la crainte et la violence, on peut ne pas en reconnaître l'auteur : on ne doit donc pas être forcé de le désigner. *Metus habet in se ignorantiam*, dit Ulpien (*fr.* 14, § 3, *quod met. caus.*).

obligés que par crainte (*Ulp. fr.* 9, § 7; *fr.* 14, § 6, *quod met. caus.*). Si, au contraire, la crainte a déterminé un créancier à libérer son débiteur, il faut que celui-ci paie ou s'oblige de nouveau, en donnant pour cette nouvelle obligation des fidéjusseurs non moins solvables, et des gages non moins sûrs que ceux qui existaient pour la première obligation (*Ulp. fr.* 9, § 7; *Caius, fr.* 10, *pr. et* § 1; *Paul. fr.* 11, *eod.*).

C'est au quadruple des restitutions ainsi calculées d'après les pertes du demandeur (*Paul. fr.* 21, § 2, *eod.*) que son adversaire est condamné, faute par lui de restituer (*Ulp. fr.* 14, § 1 *et* 4, *eod.*).

Ceux qui pourraient intenter l'action *quod metus causa*, peuvent aussi à leur choix demander au préteur la rescision des actes extorqués, par exemple, de l'acceptilation ou de la tradition par laquelle ils auraient ou libéré un débiteur, ou aliéné un objet quelconque. Alors, chacun agit comme si l'acte rescindé n'avait pas eu lieu, savoir, le créancier par l'ancienne action personnelle qui résultait de l'obligation, et le propriétaire, par la revendication qu'il recouvre avec la propriété même (V. *Paul.* 1, *sent.* 7, § 4; *fr.* 21, § 2; *Ulp. fr.* 9, § 4 *et* 6, *quod met. caus.*; 1173).

§ XXX.

1218. D'après la loi des Douze Tables et la rigidité primitive du droit civil, la force obligatoire des contrats n'excédait pas les termes précis de la convention. On était tenu d'exécuter littéralement ce qu'on avait promis, *quæ lingua essent nuncupata* (*Cicer.* 3 *offic.* 17), rien au-delà. Ainsi, par exemple, le débiteur d'un esclave ou d'un fonds pouvait avoir empoisonné le premier, dégradé ou détérioré le second, et il lui suffisait pour se libérer de livrer la chose en cet état, à moins que, par une stipulation dite *cautio de dolo*, le débiteur n'eût promis au créancier qu'il n'existait et n'existerait aucun dol, *dolum malum abesse abfuturumque esse* (1).

Une semblable rigidité devenait trop favorable à la fraude pour qu'on ne cherchât pas de tout côté à exclure cette dernière. Les prudens apportèrent les premiers un remède partiel; ils modifièrent, du moins dans certaines actions, l'office du juge et voulurent qu'il statuât d'après la bonne foi; à cette fin, ils firent insérer dans la formule, et spécialement dans l'*intentio*, les mots EX FIDE BONA (2).

1219. De là, deux classes d'actions (§ 28, *h. t.*), dont l'une comprend les actions dites *stricti juris*, parce que l'office du juge y reste resserré, comme il l'était primitivement, dans les limites du droit civil, et l'autre des actions dites *bonæ fidei*, à cause des mots EX FIDE BONA insérés dans la formule. Alors l'action s'appelle *arbitrium*, et le juge *arbiter* (1155).

Rien n'est plus opposé à la bonne foi que la fraude et le dol (*Ulp. fr.* 3, § 3, *pro soc.*). Aussi, dans les actions *bonæ fidei*, le juge doit-il apprécier le préjudice que le défendeur aurait causé à son adversaire par dol ou même par réticence, en lui laissant ignorer ce dont la bonne foi exigeait qu'il fût averti (*Florent. fr.* 43, § 2, *de contrah. empt.*; *Ulp. fr.* 1, § 1; *fr.* 13, *de act. empt.*). En effet, cette appréciation entre dans l'office du juge indépendamment de toute convention, et même malgré la convention contraire qui aurait été faite en contractant (V. 1173; *Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.*; *fr.* 17, *commod.*; *fr.* 1, § 16, *depos.*), en sorte que la CAUTIO DE DOLO se trouve superflue (V. *Ulp. fr.* 7, § 3, *de dol. mal.*).

Réciproquement le juge devra protéger le défendeur contre le dol du demandeur, indépendamment de l'exception *doli mali*, qui est sous-entendue dans la formule des actions *bonæ fidei* (*Ulp. fr.* 21, *solut. matr.*; *Julian. fr.* 84, § 5, *de legat.* 1°).

1220. Le devoir qui se trouve ainsi imposé au juge d'apprécier la bonne ou la mauvaise foi des parties, l'autorise implicitement (*libera potestas permitti videtur*) à fixer le montant de la condamnation (*æstimandi quantum actori restitui debeat*),

(1) V. 991. Cette stipulation recevait elle-même une interprétation si rigoureuse, que les mots *abesse abfuturumque*, applicables au présent et au futur, ont paru ne pas comprendre le dol antérieur (V. *Ulp. fr.* 7, § 3, *de dol. mal.*; *Pothier*, *pand. just. IV*, *III*, 13).

(2) *Judiciis in quibus additur* EX FIDE BONA (*Cicer.* 3 *offic.* 17; V. *Caius*, 4 *inst.* 47 *et* 63). On y ajoutait pour l'action *rei uxoriæ*, ÆQUIUS MELIUS, pour l'action *fiduciæ* UT INTER BONOS BENE AGIER (*Cicer.* 3 *offic.* 15; V. *Javol. fr.* 66, § 7, *sol. matr.*; *Procul. fr.* 82, *de solut.*).

en prenant pour base les règles de l'équité (*ex bono et æquo*) ; conséquemment, si le demandeur est lui-même tenu de quelqu'obligation envers le défendeur, le juge appréciera les engagemens respectifs des deux parties (*id quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet ; pr., de cons. obl.*), et la condamnation n'aura lieu que déduction faite de ce qui est dû par le demandeur (*text. hic*). C'est ainsi que s'opérerait la compensation sur laquelle nous reviendrons au § 39.

L'équité veut que le débiteur, lors même qu'il est exempt de dol, répare le tort qu'il aurait causé par sa faute, ou par le retard qu'il aurait mis à remplir l'obligation. Aussi, dans les actions de bonne foi, le juge tient compte, suivant les distinctions précédemment établies (1067, 1068, 1069, 1070), des fautes commises par le défendeur ; et, en cas de retard, il le condamne à restituer les fruits de la chose ou les intérêts de la somme due, à compter du moment où il a été en demeure (1).

Si les parties, en contractant l'obligation d'où résulte une bonne action *bonæ fidei*, y avaient immédiatement ajouté des pactes, c'est-à-dire des conventions purement consensuelles, qui, par elles seules, ne seraient pas obligatoires (1033), le juge les fera exécuter de part et d'autre, comme clauses intégrantes du contrat (*Ulp. fr.* 7, § 5, *de pact.*), pourvu qu'elles ne soient pas elles-mêmes contraires à la bonne foi (2) ou à l'essence du contrat qu'elles ne doivent point dénaturer (*Paul. fr.* 5, § 4, *de præscr. verb.*; *Ulp. fr.* 1, § 6, *depos.*; V. *Papin. fr.* 24, *eod.*). A défaut de convention, le juge devra même suppléer les clauses que l'usage général ajoute ordinairement au contrat (*Ulp. fr* 31, § 20, *de ædil. edict.*).

1221. Dans les actions *stricti juris*, tout est différent. Le juge ne cherche pas l'équité, mais le droit proprement dit, sans s'inquiéter du dol pratiqué par un des plaideurs ou par l'autre, à moins que, d'une part, le demandeur n'ait stipulé la *cautio de dolo* (*Ulp. fr.* 7, § 3, *de dol. mal.*), ou que, d'autre part, le défendeur n'ait fait joindre à la formule l'exception *doli mali* (V. § 1 *et* 2, *de except.*). Le juge n'apprécie qu'une seule obligation, celle du défendeur, et le condamne à payer exactement sa dette, sans compensation (V. *text. hic*), sans égard aux pactes dont on serait convenu en contractant. Toutefois cette rigueur a été modifiée, et sous le règne d'Alexandre-Sévère, il était établi que, parmi les pactes dont il s'agit, le juge doit faire exécuter ceux qui tendent à diminuer l'obligation du défendeur (*Paul. fr.* 4, § 3 ; *fr.* 17, *de pact.*; *Ulp. fr.* 11, § 1, *de reb. cred.*; V. *Papin. fr.* 40, *eod.*).

Lorsqu'il s'agit d'une somme, le juge ne condamne point à payer les intérêts qu'on n'aurait pas stipulés (3) ; mais pour tout autre objet, il accorde les fruits à compter de la *litis contestatio*, parce que le demandeur doit avoir *omnis causa*, c'est-à-dire tout ce qu'il aurait si la chose lui avait été remise à cette même époque (4).

1222. L'action *ex testamento* est de droit strict (*Paul. fr.* 6, *de in lit. jur.*; *fr.* 5, *de eo quod cert. loc.*), et conséquemment le légataire n'obtenait point les intérêts (*Caius*, 2 *inst.* 280). Néanmoins, dans la

(1) *Ulp. fr.* 34 ; *Marcian. fr.* 32, § 2, *de usur.* Lorsque le créancier est mineur de 25 ans, le créancier est en demeure *ex re ipsa*, par cela seul qu'il a différé de remplir l'obligation (*Diocl. et Max. C.* 3, *in quib. caus. in integr.*; V. *Papin. fr.* 87, § 1, *de legat.* 2°.). Dans tout autre cas, il faut que le débiteur ait été interpellé (*Marcian. fr.* 32, *de usur.*) ; et alors encore il peut n'être pas *in mora*, si son retard est expliqué par des circonstances plausibles (V. *Ulp. et Paul. fr.* 21, 22, 23 *et* 24, *de usur.*). C'est une question de fait plutôt qu'une question de droit (*Marcian. d. fr.* 32, *eod.*).

(2) V. *Paul. fr.* 27, § 4, *de pact.*; telle serait notamment la convention qui affranchirait le débiteur, par exemple un dépositaire, de la responsabilité du dol qu'il pourra commettre (1073 ; *Ulp. fr.* 23, *de reg. jur.*).

(3) *Anton. C.* 1, *de indeb. cond.* Le texte de Paul (*fr.* 35, *de usur.*), qui semble faire courir les intérêts du jour de la *litis contestatio*, concerne les intérêts stipulés qui couraient déjà et continuent de courir *lite contestata*, c'est-à-dire malgré la *litis contestatio*, ce dont on pouvait douter à cause de la novation qui s'opère alors (1113, V. Vinnius sur le § 28, *h. t.*, n° 4 ; Pothier, *pand. just. XXII, I*, 41, 48).

(4) *Paul. fr.* 31, *de reb. cred.*; *fr.* 38, § 7, *de usur.* Plusieurs actions de droit strict donnent les fruits perçus avant la *litis contestatio*, et même avant la demeure. Telles sont les actions tendantes à une restitution proprement dite, lorsqu'on agit pour se faire donner une chose dont on a été propriétaire ; telle est notamment la *condictio indebiti* (*Paul. d. fr.* 38, § 1, 2 ; 3, 4 *et* 6, *de usur.*; *fr.* 173, § 1, *de reg. jur.*; *fr.* 15 ; *fr.* 65, § 5, *de condict. ind.*) ; mais dans ce cas même le demandeur n'a pas les intérêts (*Anton. C.* 1, *de cond. ind.*).

compilation justinienne, l'action des légataires et fidéi-commissaires est assimilée, pour les intérêts et les fruits, aux actions de bonne foi (V. *Ulp. fr.* 34, *de usur.; Diocl. et Max. C.* 3, *in quib. caus. in integr.*). Cette assimilatian vient de celle que Justinien a établie entre les legs et les fidéi-commis. En effet, ces derniers ne se demandaient point par une action : le préteur, statuant seul, statuait d'après l'équité, et accordait les intérêts ou les fruits à compter de la demeure (*Caius*, 2 *inst.* 278, 280; V. *Paul. fr.* 14, *de usur.; fr.* 84, *de legat.* 2°; *Papin. fr.* 78, § 2, *eod.; fr.* 8, *de usur.*). C'est en remaniant les textes qu'on a étendu la même faveur aux legs (1).

§ XXVIII.

1223. Pour faire connaître les actions *bonæ fidei*, Justinien, comme Cicéron (3 *offic.* 17), comme Caius (4 *inst.* 62), emploie une énumération qui ne peut être que limitative (*actiones bonæ fidei sunt hæ*), et cependant Cicéron, Caius et Justinien ne s'accordent pas exactement, ce qui tient sans doute à la différence des temps. En effet, les actions *bonæ fidei* dérivant des obligations les plus fréquemment usitées, sans lesquelles l'homme vivrait à peine en société (*in quibus vitæ societas continetur; Cic.* 3 *offic.* 12), et dont le nombre a dû augmenter à mesure que les rapports sociaux se sont multipliés. Plusieurs actions sont ainsi devenues *bonæ fidei*, qui auparavant n'avaient pas été considérées comme telles. Aussi la liste de Justinien est-elle plus nombreuse que les autres, bien qu'on n'y trouve pas l'action *fiduciæ* tombée en désuétude (972).

Si les actions *bonæ fidei* sont toutes énumérées dans notre texte, faut-il considérer celles qui n'y sont pas comprises comme étant toutes de droit strict? Non certainement, puisqu'on distinguera bientôt une autre classe d'actions dites arbitraires, dans laquelle entreront les actions *in rem*, et plusieurs actions *in personam*; ainsi la division de notre texte, restreinte aux actions personnelles, ne les embrasse même pas toutes. Elle paraît en effet s'appliquer aux actions civiles *in jus*, tandis que, dans les actions *in factum*, le préteur n'ordonnait point au juge de statuer *ex fide bona*, sans doute parce que, ne lui soumettant point une question de droit proprement dit, il ne craignait point qu'on la décidât d'après le droit strict (2).

1224. Restreignant donc cette division aux actions personnelles civiles ou *in jus*, nous verrons que les actions *bonæ fidei* ne résultent jamais d'aucun délit, mais des contrats ou quasi contrats, et principalement de ceux qui produisent des obligations synallagmatiques. En effet, sont *bonæ fidei* les actions EX EMPTO et EX VENDITO, EX LOCATO ET EX CONDUCTO, MANDATI, PRO SOCIO, nées des quatre contrats consensuels (V. *pr., de consens. obl.; Paul. fr.* 38, *pro soc.; fr.* 7, *de eo quod cert. loc.; Diocl. et Max. C.* 17, *de locat. cond.*); les actions DEPOSITI, COMMODATI, PIGNERATITIA, des trois contrats réels qui sont bilatéraux (V. *Paul. d. fr.* 38, *pro soc.; Sever. et Anton. C.* 6, *de pigner. act.*), tandis que le *mutuum*, la stipulation et l'obligation dite *litterarum* produisent une action de

(1) V. Paul (3 *sent.* 8, § 2; *fr.* 39, *de usur.*). Ce dernier texte parle d'objets légués par fidéi-commis, *equis per fideicommissum legatis*. Evidemment Paul avait écrit *relictis* au lieu de *legatis*. Voyez, au surplus, combien les remaniemens ont été maladroits : tandis que le Digeste et le Code (*Diocl. et Max. C.* 3, *in quib. caus. in integr.*) accordent les intérêts et les fruits à compter de la demeure, ce même code, dans un titre spécial (*de usur. et fruct. legat. et fideic.*), ne les donne qu'à compter de la *litis contestatio*.

(2) Comparez, dans Caius (4 *inst.* 47), les deux formules de l'action *depositi*, l'une *in jus*, l'autre *in factum*. Les mots *ex fide bona*, ne se trouvent point dans la seconde.

Plusieurs actions pénales *in factum* laissent à l'équité du juge le soin de fixer le taux de la condamnation (V. *pr.* et § 1, *de obl. quæ quasi ex contr.*); cependant, elles n'ont jamais été qualifiées actions de bonne foi, et n'ont jamais dû l'être, précisément parce que, n'ayant rien de commun avec les actions *in jus*, et surtout avec les actions *stricti juris*, on n'a jamais eu besoin d'y faire entrer la bonne foi. Les actions *in factum* dont il s'agit ne sont donc pas *bonæ fidei*; mais l'office du juge n'en est pas moins réglé par l'équité et peut-être même par une équité plus large. N'est-ce pas là, en effet, le sens d'Ulpien (*fr.* 14, § 13, *de relig.*), lorsque, parlant de l'action *funeraria*, il donne à l'équité du juge plus de latitude encore que dans l'action *negotiorum gestorum*, et cela d'après la nature même de l'action : *solutius æquitatem sequi, cum hoc ei natura actionis indulgeat*.

droit strict. Sont également *bonæ fidei* les actions NEGOTIORUM GESTORUM, TUTELÆ, FAMILIÆ ERCISCUNDÆ, COMMUNI DIVIDUNDO, résultant de quatre quasi contrats synallagmatiques (V. *Paul. fr.* 38, *pro soc.*; *fr.* 14, § 1, *commun. div.*; *Alex. C.* 9, *famil. ercis.*), et l'action PRÆSCRIPTIS VERBIS, lorsqu'elle vient de l'échange ou du contrat estimatif (1). Ajoutons à cette liste, d'une part, l'action REI UXORIÆ dont s'occupe le paragraphe suivant, et d'autre part, la pétition d'hérédité, la seule parmi les actions *in rem* qui ne soit pas arbitraire, la seule qui soit *bonæ fidei*, puisqu'elle est déclarée telle par Justinien (*text. hic*; *C.* 12, § 3, *de her. pet.*) qui nous annonce sur ce point l'existence d'anciennes controverses dont il ne reste aucun vestige.

§ XXIX.

1225. Pour savoir si la dot doit être restituée et à qui elle doit l'être, on distingue l'origine de cette dot, et la manière dont le mariage a été dissous.

La dot est profectice quand elle provient soit du père soit d'un ascendant paternel de la femme, *sui juris* ou fille de famille; la dot provenant de toute autre source, est adventice (*Ulp.* 6 *reg.* 3; *fr.* 5, *pr.* et § 11, *de jur. dot.*).

Lorsque le mariage se dissout par le prédécès de la femme, la dot reste en général au mari, qui, cependant, doit rendre la dot profectice à l'ascendant donateur, si celui-ci existe (*Ulp.* 6 *reg.* 4; *Pomp. fr.* 6, *de jur. dot.*; *Tryph. fr.* 79, *eod.*; V. *Cels. fr.* 6, *de coll. bon.*), et la dot adventice au constituant ou à ses héritiers si la restitution a été promise par stipulation (2).

En cas de divorce ou de prédécès du mari (V. *Honor. et Theod. C.* 11, *solut. matr.*), la dot, profectice ou adventice, doit être restituée à la femme seule, si elle est *sui juris*, sinon à la femme et à l'ascendant dont elle dépend; en conséquence, l'action *rei uxoriæ*, qui a pour objet la répétition de la dot, est exercée dans le premier cas par la femme, dans le second cas par le père avec le concours de sa fille (*Ulp.* 6 *reg.* 6; *fr.* 2, *pr.* et § 1; *Paul. fr.* 3; *Papin. fr.* 42; *Afric. fr.* 34, *sol. matr.*).

1226. Ainsi la restitution de la dot, dans les cas où elle avait lieu, pouvait être poursuivie ou par une action de bonne foi, dite *rei uxoriæ*, ou par une action de droit strict *ex stipulatu*. Celle-ci ne pouvait résulter que d'une stipulation formelle; du reste elle était beaucoup plus avantageuse que l'action *rei uxoriæ*, en ce qu'elle se transmettait aux héritiers du stipulant (3), se cumulait avec les avantages faits par le défunt à sa femme survivante (4), et ne laissait au mari aucune rétention à exercer (5), aucun délai pour restituer (6). Justinien

(1) *Text. hic*; V. *Ulp. fr.* 1, *de æstim.*; *Gordian. C.* 1, *de rer. permut.* On a parlé précédemment de l'échange (1038, 1050, 1051, 1052). Dans le contrat estimatoire, une personne reçoit, sous estimation, un objet qu'elle doit vendre à son compte, et elle s'engage à rendre l'objet même ou à payer l'estimation. On a douté si, en pareil cas, il existe une vente, un louage de services, une société ou un mandat, et dans le doute on accorde une action *præscriptis verbis* (V. 1052; *Ulp. d. fr.* 1, *de æstim.*; *fr.* 13, *de præscr. verb.*).

Cette action n'est-elle véritablement *bonæ fidei* que dans les deux cas spécifiés par notre texte? On ne voit pas pourquoi il n'en serait pas ainsi pour d'autres contrats innommés où la même action imite une action de bonne foi, par exemple, l'action de mandat ou les actions du louage (V. *Paul. fr.* 5, § 2 *et* 4, *de præscr. verb.*; § 1 *et* 2, *de locat. cond.*). On ne peut former sur ce point que de vagues conjectures.

(2) *Ulp.* 6 *reg.* 5, ou même par un simple pacte. Il avait, dans le premier cas, l'action *ex stipulatu*, dans le second, l'action *præscriptis verbis* (V. *Justin. C. un.* § 13, *de rei uxor.*).

(3) *C. un.* § 4, *de rei uxor.* L'action *rei uxoriæ* ne passait point aux héritiers de la femme, à moins que celle-ci n'eût constitué son mari en demeure (*Ulp.* 6 *reg.* 7).

(4) Un édit qu'on appelle *de alterutro* forçait la femme à opter entre l'action *rei uxoriæ* et les avantages que son mari lui aurait faits par institution d'héritier, par legs ou par fidéi-commis. La femme, agissant au contraire par l'action *ex stipulatu*, conservait, comme tout autre créancier, le bénéfice des dispositions faites à son profit par le débiteur (V. *Theod. C.* 7, C. Th. *de testam. et codicil.*; *Justin. C. un.* § 3 *et* 6, *de rei uxor.*; *Cuj.* 3 *observ.* 16).

(5) Le mari poursuivi par l'action *rei uxoriæ* pouvait retenir, pour différentes causes, certaines portions de la dot (V. *Ulp.* 6 *reg.* 9 *et seq.*). Justinien, en supprimant l'action *rei uxoriæ*, supprime également toutes les rétentions, savoir : quelques-unes, purement et simplement ; d'autres, en réservant au mari l'exercice de certaines actions contre la femme (V. *C. un.*, § 5, *de rei uxor.*).

(6) V. *C. un.*, § 7, *de rei uxor.* L'action *rei uxoriæ* laissait au mari la faculté de restituer en trois ans, et par tiers (*annua*, *bima*, *trima die*), la dot qui se composait de quantités appréciables au poids, au compte ou à la mesure. Les corps certains se restituaient immédiatement (V. *Ulp.* 6 *reg.* 8).

veut que, sans distinguer entre la dot adventice ou profectice, sans distinguer comment s'est dissous le mariage, l'action *ex stipulatu* soit seule exercée, savoir par le mari pour se faire payer la dot ou s'en faire garantir l'éviction, et par la femme ou par ses héritiers pour en obtenir la restitution, lors même que le mariage est dissous par le prédécès de la femme, le tout en vertu de la stipulation tacite que l'empereur sous-entend de part et d'autre (1).

En conséquence, il supprime l'action *rei uxoriæ* et transporte son caractère d'action de bonne foi dans l'action *ex stipulatu* (*text. hic; d. C. un.* § 2, *de rei uxor.*), en conservant au mari le bénéfice de compétence (V. § 37, *h. t.*), et fixant une année de délai pour la restitution des objets dotaux, autres que les immeubles qui doivent être immédiatement restitués (*d. C.* § 7).

1227. Pour assurer l'exécution des stipulations qu'il sous-entend de part et d'autre, Justinien accorde une hypothèque tacite au mari sur les biens de la femme, et à la femme sur les biens du mari (*text. hic; d. C.* § 1). Il veut même que cette dernière soit préférée à tous autres créanciers, malgré l'antériorité de leur propre hypothèque sur les mêmes biens (*text. hic ; C.* 12, *pr. et* § 1, *qui potior.*), lorsque la femme demande elle-même la restitution de sa dot (*cum ipsa mulier... cujus solius,* etc.); mais ce privilége accordé à la femme personnellement ne passe point à ses héritiers, ou du moins à tous ses héritiers. Justinien le refuse expressément à ceux qui ne sont pas enfans de la défunte (*nov.* 91). Toutefois, dans le cas où le père se serait remarié, l'empereur préfère les enfans de la première femme à la seconde, et conséquemment aux autres créanciers du mari (*C.* 12, § 1, *qui potior.; Nov.* 91, *præf. et cap.* 1). Faut-il, comme Vinnius, généraliser cette décision, et accorder aux enfans dont le père n'est pas remarié, le même privilége qu'à leur mère. On peut croire avec Janus à Costa, que la défaveur des seconds mariages a dicté ici une disposition spéciale, et qu'en tout autre cas, les créanciers qui ne seraient point déjà primés par une seconde femme vivante, ne doivent pas l'être par les enfans de la femme décédée.

§ XXXI ET XXXII.

1228. D'après ce qu'on a vu jusqu'ici, l'issue du litige dépend de la question posée dans l'*intentio* : pour condamner le défendeur, il suffit que cette question soit affirmativement résolue. Ici, au contraire, se présente une nouvelle classe d'actions dites arbitraires qui soumettent la condamnation à une seconde condition (2), en sorte que le défendeur contre qui l'*intentio* a été vérifiée, peut encore être absous en donnant au demandeur une satisfaction que le juge détermine ARBITRIO (*text. hic ;* § 28, *de div. rer.*) ou JUSSU (§ 27, *h. t.*), c'est-à-dire par un ordre que suivra l'absolution du défendeur, s'il obéit, et sa condamnation, s'il n'obéit pas, *nisi arbitrio judicis... actori satisfaciat* (*text. hic*).

Les actions sont toutes absolutoires en ce sens, que le défendeur, qui, au moment où l'action a été donnée, se trouvait dans le cas de la condamnation, devra néanmoins être absous, s'il a satisfait le demandeur en acquiesçant aux prétentions de ce dernier (3); mais cette satisfaction doit avoir lieu *ante rem judicatam* (§ 2, *de perp. et temp.*), tandis que dans les actions arbitraires, il s'agit d'une satisfaction que le juge détermine après avoir statué contre le défendeur (V. § 1, *de off. jud.*) et que le demandeur ne peut pas refuser.

1229. L'ordre du juge est egalement obligataire pour le défendeur, qui peut être contraint à l'exécution par la force publique, du moins lorsqu'il a entre ses mains la chose que le juge aurait prescrit de restituer (*Ulp. fr.* 68, *de rei vind.*) ou d'exhiber (*Julian. fr.* 8, *ad exhib.*). Telles sont en effet les satisfactions que le juge ordonne

(1) *C. un., pr. et* § 1, *de rei uxor.* Cet avantage ne s'étend pas à l'étranger qui aurait fourni la dot. Il ne peut se la faire restituer, et agir *ex stipulatu* ou *præscriptis verbis*, qu'en vertu d'une stipulation ou d'un pacte formel, en l'absence desquels l'action *ex stipulatu* appartient à la femme en vertu de la stipulation tacite admise par Justinien (*d. C.* § 13).

(2) *Si paret fundum capenatem quo de agitur, ex jure quiritium P. Servilii esse*, NEQUE IS EI NEDES... RESTITUETUR (*Cicer. in Verr.* 2 *act.*, 2 *lib.*, 31).

(3) § 2, *de perp. et temp.* Ce texte confirme l'opinion des sabiniens en rejetant plusieurs distinctions admises par les proculéiens (V. *Caius.* 4 *inst.* 114).

le plus souvent (1), et, sous ce rapport, l'*arbitrium* diffère essentiellement de la condamnation qui est toujours pécuniaire (*Caius, 4 inst.* 48). D'ailleurs, l'*arbitrium* repose tout entier sur les règles de l'équité (2); mais, lorsqu'il s'agit de condamner le défendeur qui n'a point obéi, cette même équité ne le garantit pas du dol de son adversaire: il faut opposer l'exception *doli mali* (3) qui serait sous-entendue dans les actions *bonæ fidei* (1218), et cependant les actions arbitraires, comme les actions de bonne foi, admettent le *jusjurandum in litem* pour fixer le montant de la condamnation (1190; V. *Ulp. d. fr.* 68, *de rei vind.; fr.* 5, § 3, *de in lit. jur.*), qui, alors, surpasse la valeur des satisfactions ordonnées et devient une punition sévère (V. *Ulp. fr.* 1; *Paul. fr.* 2; *Marcel. fr.* 8, *eod.*).

1230. A la différence des actions de bonne foi, qui sont toutes *in personam*, il existe des actions arbitraires réelles et d'autres personnelles (*tam in rem quam in personam inveniuntur*). Au lieu de les énumérer, Justinien se borne à citer quelques exemples, chose remarquable, du moins pour les actions réelles; car elles sont toutes arbitraires (4), et dans toutes aussi l'*arbitrium* consiste à restituer la chose. Toutefois l'action servienne laisse au défendeur l'alternative de restituer l'objet hypothéqué, ou de le dégager en acquittant la dette (*Marcian. fr.* 16, § 3, *de pign. et hyp.*). Cette action nous offre ainsi l'exemple d'une satisfaction donnée, comme le suppose notre texte (*vel solvat*) par un paiement.

Les actions personnelles arbitraires que cite Justinien, sont l'action *quod metus causa*, déjà expliquée (1216, 1217; § 27, *h. t.*), l'action *quod certo loco*, sur laquelle nous reviendrons (1234; § 33, *h. t.*), l'action *ad exhibendum* à laquelle sera consacré un paragraphe spécial (§ 3, *de off. jud.*) et l'action de dol, *de eo.... quod dolo malo factum est.*

1231. Il y a dol (*dolus malus*) dans tous les cas où des ruses, supercheries ou machinations ont été employées par un individu envers un autre, pour circonvenir ou tromper ce dernier (*Ulp. fr.* 1, § 2, *de dol. mal.*). Alors, pour que le premier ne profite point de sa malice, ou que le second ne soit pas victime de sa simplicité, les préteurs ont introduit, en faveur de celui-ci, l'action *de dolo malo*, action infamante contre l'auteur du fait, et qui, par cette raison, n'est donnée qu'en connaissance de cause, pour un intérêt non modique (*Ulp. fr.* 9, § 5; *fr.* 11; *Paul. fr.* 2, *eod.*), à ceux qui ne pourraient se pourvoir ou se garantir par aucune autre action, par aucune autre voie (*Ulp. d. fr.* 1, *pr.* § 1 *et* 4; *fr.* 29 *et* 30, *eod.*). Dans l'action de dol, le juge ordonne de restituer, comme dans l'action *quod metus causa;* mais la condamnation reste simple (*Paul. fr.* 18, *de dol. mal.*) et ne s'élève pas au quadruple. Une autre différence consiste en ce que l'action *de dolo* ne se donne pas contre les tiers, mais seulement contre l'auteur du dol (*Ulp. fr.* 15, § 3, *eod.*) ou contre ses héritiers. Toutefois on n'agit contre ces derniers que pour leur retirer ce dont l'hérédité se trouverait enrichie par le dol du défunt, sans les punir. Aussi l'action exercée contre eux est-elle non infamante et perpétuelle (*Ulp. fr.* 29; *fr.* 17, § 1; *Caius, fr.* 26, *eod.*), tandis que, contre l'auteur du dol, l'action étant infamante ne dure qu'un an. Ce délai expiré, on n'a plus contre lui qu'une action *in factum* jusqu'à concurrence de ce dont il est enrichi (*Caius, fr.* 28, § 1, *eod.*).

Voyez, pour l'explication du § 32, celle du *principium*, titre 18, *de officio judicis.*

(1) *Veluti* REM RESTITUAT, VEL EXHIBEAT, *vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat* (*text. hic*). Nous reviendrons, plus loin, sur le paiement (*vel solvat*) et sur l'abandon noxal (*vel ex noxali causa servum dedat*) considérés comme objets de l'*arbitrium*. Quant à la restitution et à l'exhibition de la chose, V. § 1 *et* 2, *de off. jud.*

(2) *Ex bono et æquo secundum cujusque rei, de qua actum est naturam* (*text. hic*).

(3) Nous avons vu précédemment plusieurs exemples de l'exception de dol opposée à la revendication (§ 30, 31, 32, 33 *et* 34, *de div. rer.*), qui est arbitraire.

(4) Observez que, dans les exemples cités par Justinien, ne figurent ni l'action *in rem*, par excellence, c'est-à-dire la revendication, ni aucune autre action réelle civile. Les premiers exemples d'actions personnelles sont également pris parmi les actions prétoriennes. N'expliquerait-on pas, jusqu'à certain point, cette marche de notre texte, par cette supposition, que les actions arbitraires tirent leur origine du droit prétorien, et que successivement le même caractère a été donné d'abord à quelques actions civiles personnelles, et ensuite aux actions civiles *in rem*, autres toutefois que la pétition d'hérédité.

§ XXXIII.

1232. Il s'agit ici de la plus pétition, c'est-à-dire du cas où la prétention du demandeur excéderait ce qu'on lui doit ou ce qui lui appartient réellement, soit à raison de l'objet même pour lequel on agit (*re*), soit à raison du temps (*tempore*), lorsqu'on agit avant l'échéance du terme ou avant l'événement de la condition (1), soit à raison du lieu (*loco*), lorsque l'action est intentée partout ailleurs qu'au lieu fixé pour le paiement. En effet, la somme qui se paie aujourd'hui vaut plus que la même somme payée à une époque ultérieure (1029), et la valeur même des espèces monnoyées varie suivant la localité. Pareillement, le défendeur qui doit alternativement tel objet ou tel autre, celui qui doit une chose déterminée seulement par le genre auquel elle appartient, ce défendeur a un choix qu'on ne doit pas lui enlever : or, on le lui enleverait si on demandait précisément soit l'un des deux objets de l'obligation alternative, soit tel cheval ou tel esclave au lieu d'un cheval ou d'un esclave indéterminément. L'excès résulterait alors de ce que notre texte appelle *causa*, et, dans ce dernier cas comme dans les trois autres, la plus pétition entraîne pour le demandeur une déchéance complète, sauf toutefois le bénéfice de restitution que le droit prétorien accorde toujours aux mineurs (§ 5, *de her. qual.*), et rarement aux majeurs de vingt-cinq ans. Notre texte donne sur ces différens points des détails et des exemples qui rendent tout développement superflu (V. *Paul*, 1 *sent*, 10). Cherchons seulement les motifs d'une semblable rigueur.

1233. La *condictio certi* autorise le juge à condamner le défendeur, si ce dernier doit au demandeur un objet ou une somme déterminée, *si paret N. Negidium A. Agerio decem dare oportere*. Pareillement, dans la revendication, le défendeur ne peut être condamné qu'autant que la chose appartient au demandeur, *si paret hominem ex jure quiritium A. Agerii esse*. Dans cette position, si le demandeur est reconnu créancier ou propriétaire, mais pour une partie seulement de ce qui est exprimé dans l'*intentio*, celle-ci ne sera pas vérifiée; conséquemment le juge doit absoudre. Toutefois, il importe de le remarquer, cette absolution résulte de ce que la condition dont on a fait dépendre la condamnation n'est pas accomplie, ou, en d'autres termes, de la rédaction de l'*intentio* et de ce qu'elle exprime. Les premiers mots de notre texte le disent expressément : *si quis... in intentione suâ plus complexus fuerit*, etc. Aussi la même faute commise dans toute autre partie de la formule, par exemple, dans la *démonstratio*, du moins lorsque celle-ci reste distincte de l'*intentio* (1195), n'entraînerait pas la même déchéance (V. *Caius*, 4 *inst.* 53, 57, 58 *et* 60).

Il existe même beaucoup d'actions où la plus pétition est impossible. Telles sont toutes les actions *incerti* dont l'*intentio* ne précise aucun objet, aucune valeur, et porte seulement *quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere* (*Caius*, 4 *inst.* 39 *et* 54). Dans ce nombre figurent les actions de bonne foi. On ne peut en dire autant pour les actions arbitraires, puisque la plus pétition a lieu dans la revendication (2), et cependant il existe une action arbitraire introduite précisément pour préserver de la plus pétition le créancier qui veut agir dans un lieu autre que celui indiqué pour le paiement : *propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur* (*text. hic*).

1234. Cette faculté dont jouit le créancier ne paraîtra point extraordinaire, si l'on se rappelle que, pour obtenir une action, le demandeur doit, avant tout, conduire son adversaire *in jus* (§ 3, *de pœn. tem. lit.*).

(1) *Ante diem vel conditionem*, dit le texte. Vinnius pense que l'action, intentée avant l'accomplissement de la condition, est considérée comme non avenue et ne soumet pas la créance aux chances du litige, précisément parce que cette créance n'existe pas encore (930). Cependant Javolenus (*fr.* 36, *de reb. cred.*) et Julien (*f.* 36, *de solut.*), cité par Vinnius lui-même, décident, comme notre texte, qu'en agissant avant l'accomplissement de la condition, le demandeur tombe dans le cas de la plus pétition à raison du temps, et encourt la déchéance. Toutefois, les textes même de Javolenus et de Julien indiquent, sur ce point, l'existence d'une controverse qui peut, jusqu'à certain point, expliquer les décisions opposées (V. *Martian. fr.* 13, § 5, *de pign. et hyp.*; *Paul. fr.* 43, § 9, *de ædil. edict.*).

(2) *Si is cujus ex parte res est, totam eam vel majore ex parte suam esse intenderit* (*text. hic*). Voyez toutefois *Caius*, 4 *inst.* 54.

Ainsi, le créancier ne pouvant agir que là où se trouve son débiteur, doit avoir la possibilité d'agir partout où il trouve ce dernier (*Caius, fr.* 1, *de eo quod cert. loc.*). Cela ne souffre aucune difficulté lorsque le lieu du paiement n'est pas déterminé; dans le cas contraire, la fixation d'un lieu serait encore indifférente pour les actions de bonne foi (*Paul. fr.* 7, *eod.*), et même pour les actions de droit strict où il s'agirait d'un fait (V. *Papin. fr.* 43, *de judic.*), parce qu'alors l'*intentio* est incertaine et la plus pétition impossible (1233); mais lorsque l'action de droit strict, résultant d'une stipulation, d'un *mutuum* ou d'un testament, concerne un objet certain qui devait être donné ou simplement livré dans un lieu déterminé (V. *Ulp. fr.* 2, § 2; *Paul. fr.* 5; *fr.* 7, § 1; *Pomp. fr.* 6, *de eo quod cert. loc.*), le créancier agissant partout ailleurs *pura actione*, c'est-à-dire sans faire mention de ce lieu (*sine commemoratione illius loci*) tomberait dans la plus pétition. Aussi lui accorde-t-on, dans ce cas, une action utile (*Caius, fr.* 1, *eod.*) qui indique le lieu fixé pour le paiement (*Ulp. fr.* 2, § 2, *eod.*).

Dans cette action *de eo quod certo loco* DARI *oportet*, le juge doit prendre l'équité pour règle (*Ulp. fr.* 4, § 1, *eod.*), et, en conséquence, augmenter ou diminuer la condamnation, en raison de la différence des lieux et selon que cette différence profite ou débiteur ou au créancier (*Ulp. fr.* 2. *pr. et* § 8; *Caius, fr.* 3, *eod.*). Considérée sous ce seul rapport, l'action serait arbitraire, parce que tous les textes le disent (§ 31 *et* 33; *Ulp. d. fr.* 2; *Caius, fr.* 3; *Paul. fr.* 5, 7 *et* 10, *de eo quod cert. loc.*; mais dans un sens tout différent des autres actions arbitraires, puisqu'on arrive à la condamnation sans *jussus*, sans *arbitrium* préalable. Remarquons toutefois que le défendeur, contre qui l'*intentio* se trouve vérifiée, peut encore être absous, s'il donne caution de payer au lieu fixé; et il doit être absous, dans ce cas, précisément parce que l'action est arbitraire (*Ulp. fr.* 4, § 1, *eod.*) dans le même sens que les autres; car les actions arbitraires se distinguent surtout par la possibilité d'absoudre le défendeur, même lorsqu'il y a chose jugée contre lui, pourvu qu'il donne au demandeur la satisfaction que le juge reconnaît équitable. Voyez cependant Vinnius sur le § 31, *h. t. n.* 3 *et* 5.

1235. Sous Justinien, le système judiciaire ayant subi une révolution presque totale, la plus pétition ne devait plus conduire aux mêmes conséquences : toutefois on crut devoir la réprimer par des dispositions pénales. Zénon (*C.* 1, *de plus petit.*) avait déjà doublé la durée du terme pour le débiteur qu'on aurait poursuivi avant l'échéance; Justinien (*text. hic*; *C.* 2, *eod.*) veut que, dans les autres cas de plus pétition, le demandeur rende au défendeur le triple de tous les dommages que celui-ci aurait éprouvés, et spécialement de l'excédant de salaire par lui payé aux *viatores* (1214; § 24, *h. t.*).

§ XXXIV ET XXXV.

1236. En continuant à s'occuper des erreurs commises dans l'*intentio*, le texte suppose qu'on y aurait mentionné soit une partie seulement de ce qui est dû ou de ce qui appartient au demandeur (§ 34, *h. t.*), soit une chose pour une autre (*aliud pro alio*, § 35, *h. t.*). Dans le premier cas, le défendeur sera condamné pour la partie dont on a fait mention; dans le second cas, il doit être absous : mais comme l'erreur dont il s'agit ici a laissé en dehors du procès tout ce qui n'est pas compris dans l'*intentio*, le demandeur agira de nouveau, soit pour le surplus, sans craindre l'exception de la chose jugée (1), soit pour un autre objet, sans craindre aucune exception. En ce sens, Caius, (4 *inst.* 55) déclare que celui dont l'*intentio* demandait une chose pour une autre, ne courait aucun danger, *nihil eum periclitari*.

Dans Justinien, les mêmes expressions (*sine periculo*, § 34, *h. t.*; *nihil periclitari*, § 35, *h. t.*) prises dans un autre sens, signifient que le demandeur n'aura pas besoin d'exercer une seconde action. En effet, l'erreur peut être corrigée *eodem judicio*, et alors le juge prononce comme si l'on ne s'était pas trompé sur la quantité (§ 34,

(1) Après avoir agi pour une partie, on ne pouvait, sans s'exposer à une exception dite *litis dividuæ*, agir pour le surplus pendant la préture du même magistrat (V. *Caius*, 4 *inst.* 56).

h. t.; V. *Zen. C.* 1, § 3; *Justin. C.* 2, § 1, *de plus pet.*) ou sur l'objet (1). Ces décisions tiennent à un système de procédure qui n'admet plus de formules (V. *Paul. fr.* 23, *de jud.*; *Javol. fr.* 18, *comm. div.*).

§ XXXVI, XXXVIII et XL.

1237. On distingue ici certaines actions, ou plutôt certains cas dans lesquels la condamnation, obtenue par le demandeur, reste quelquefois inférieure à sa créance. Notre texte (§ 36) offre un premier exemple dont l'explication rentre dans celle du § 4, au titre suivant, *Quod cum eo*, etc.

Le débiteur peut, en certains cas, n'être condamné que jusqu'à concurrence de ses facultés pécuniaires, *quatenus facere possit.... quatenus facultates ejus patiuntur* (§ 37, *h. t.*), c'est-à-dire pour la totalité de la dette, si sa fortune suffit, sinon pour la somme que ses biens peuvent produire, déduction faite de ce qui est nécessaire aux besoins du débiteur (*Paul. fr.* 173, *de reg. jur.*), mais sans déduire, du moins en règle générale, ce qu'il devrait à d'autres créanciers (*Paul. fr.* 19, *pr. et* § 1, *de re judic.*).

Cette faveur, que les interprètes ont appelée bénéfice de compétence (*Vinnius ad* § 37, *h. t.*, n° 1; *Pothier, pand. just. XLII, 1*, 68), est personnelle en ce sens que le débiteur, à qui elle appartient, ne la transmet point à ses héritiers (*Ulp. fr.* 12, *sol. matr.*; *Paul. fr.* 13, *eod*; *fr.* 25, *de re jud.*); mais il continue d'en jouir après la mort du créancier contre les héritiers de ce dernier (V. *Caius, fr.* 27, *sol. matr.*).

1238. Le bénéfice dont nous parlons est accordé, par commisération, au débiteur qui, précédemment, aurait abandonné à ses créanciers tout ce qui lui appartenait (§ 40., *h. t.*). Cet abandon ou cession de biens, dont l'origine remonte à la loi Julia (2), ne transfère aucune propriété, mais autorise les créanciers à vendre les biens abandonnés (*Diocl. et Max. C.* 4, *qui bon. ced.*), et libère le débiteur jusqu'à concurrence du prix, en lui procurant, pour le surplus, l'avantage de n'être pas incarcéré (*Alex. C.* 1, *eod.*). Aussi les créanciers, antérieurs ou postérieurs à la cession, peuvent-ils agir encore contre le cessionnaire, lorsque celui-ci fait de nouvelles acquisitions, pourvu cependant qu'elles soient de quelque importance (*quod idoneum habeat emolumentum*; § 40, *h. t.*; V. *Gordian. C.* 3, *de bon. auct. jud.*; *Ulp. et Modest. fr.* 6 *et* 7, *de cess. bon.*), et dans ce cas même il est condamné seulement *quatenus facere potest* (§ 40, *h. t.*; *Ulp. fr.* 4, *pr. et* § 1, *eod.*).

1239. Le même bénéfice appartient, à raison de la nature de la créance, au donateur contre qui le donataire agit par action personnelle (3), pour faire exécuter la donation promise (§ 38, *h. t.*; *Ulp. fr.* 28, *de reg. jur.*; *Pomp. fr.* 30, *de re jud.*). Dans ce cas, et par une faveur toute spéciale, les biens du défendeur se calculent, déduction faite des autres dettes du défendeur (*Paul. fr.* 19, § 1, *de re jud.*; *fr.* 54, *sol. matr.*).

L'avantage d'être condamné seulement *quatenus facere potest*, appartient, en raison des rapports qui existent ou ont existé entre le demandeur et le défendeur, savoir :

(1) § 35, *h. t.* Justinien donne ici des exemples et suppose notamment le cas où le demandeur prétendrait qu'on lui doit en vertu d'un testament ce qu'on doit réellement en vertu d'une stipulation. Il semble d'abord que ce n'est pas là demander une chose pour une autre, puisque l'erreur porte sur l'origine et non sur l'objet de la créance. D'ailleurs une semblable erreur ne paraît point appartenir à l'*intentio*, mais plutôt à la *demonstratio* de la formule : cependant c'est bien de l'*intentio* que parle notre texte (*si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit*), et même le texte identique de Caius (4 *inst.* 55). Faut-il en conclure que l'*intentio*, indépendamment de la *demonstratio*, mentionnait et mettait en question la cause et l'origine de la dette, comme l'existence et l'objet de cette dette? Oui, du moins dans l'action *ex testamento* (Caius, 2 *inst.* 213), et c'est précisément de cette action que parle notre texte. Dans ce cas, l'erreur sur la cause est véritablement une erreur sur l'objet, parce que l'*intentio* porte d'une manière générale *quidquid ex testamento dare facere oportet*, sans rien spécifier.

(2) V. *Diocl. et Max. C.* 4, *qui bon. ced. poss.* La cession de biens paraît avoir été soumise, dans l'origine, à des formes et à des solennités qui ont été supprimées. Sous Théodose, la volonté manifestée par le débiteur suffit (V. *Theod. C.* 6, *pr. et* § 1, *qui bon. ced. poss.*; *Marcian. fr.* 9, *de ces bon.*).

(3) Dans la revendication qui est arbitraire, le donateur ne serait condamné, comme tout autre possesseur, que faute par lui d'avoir restitué la chose qu'il possède (1333). Il n'existerait donc alors aucun motif pour limiter une condamnation qu'il n'a pas voulu prévenir (*Paul. fr.* 41, § 1, *de re jud.*).

Aux ascendans poursuivis par leurs descendons; au patron et à la patrone, à leurs enfons et ascendons poursuivis par l'affranchi (§ 38, *h. t.*; *Ulp. fr.* 16 *et* 17, *de re jud.*; *Pomp. fr.* 18, *sol. matr.*);

Aux associés agissant entr'eux par l'action *pro socio* (1);

Au mari *sui juris* ou au père du mari fils de famille, lorsque la femme agit contre l'un ou l'autre pour la restitution de sa dot (§ 37, *h. t.*; *Ulp. fr.* 17, *de re jud.*; *fr.* 12, *sol. matr.*; *Paul. fr.* 15, § 2, *eod.*), et réciproquement, à la femme poursuivie pour le paiement de la dot qu'elle a promise (*Paul. fr.* 17, § 1, *sol. matr.*); au père de la femme, mais seulement lorsqu'il est attaqué, pour la même cause, pendant la durée du mariage) *Pomp. fr.* 22, *de re jud.*; V. *Paul. fr.* 21, *eod.*; *fr.* 17, *sol. matr.*).

Sous Antonin-le-Pieux, le bénéfice accordé au mari pour la restitution de la dot a été étendu à toutes les créances de la femme, et, par réciprocité, à toutes les créances du mari contre celle-ci (*Modest. fr.* 20, *de re jud.*), pourvu cependant qu'il ne s'agisse pas de délit (*Tryph. fr.* 52, *eod.*).

§ XXXVII.

1240. Les répétitions dotales de la femme sont encore susceptibles d'être diminuées par différentes rétentions que le mari, quelle que fût d'ailleurs sa fortune, avait à exercer sur la dot (*Ulp.* 6 *reg.* 9 *et seq.*) et que Justinien supprime toutes, en conservant cependant la rétention des dépenses nécessaires (*text. hic*; *C. un.* § 5, *de rei uxor.*).

Les dépenses du mari sur les objets dotaux sont, ou nécessaires, lorsqu'il y aurait eu faute de sa part à ne point les faire pour prévenir la perte des biens (*Ulp.* 6 *reg.* 15; *fr.* 1, § 1 *et* 3; *Paul. fr.* 2 *et* 4 *de imp. in res dot.*; *fr.* 79, *de verb. sign.*); ou utiles, lorsque, sans être indispensables, elles améliorent la dot (*Ulp.* 6 *reg.* 16; *fr.* 5, § 3; *Paul. fr.* 79, § 1, *de verb. sign.*); ou voluptuaires (*voluptuosæ*; *Ulp.* 6 *reg.* 17), lorsqu'elles ornent ou embellissent sans améliorer (*Paul. fr.* 79, § 2, *eod.*; *Ulp. fr.* 7, *de imp. in res dot.*).

Les dépenses nécessaires diminuent la dot *ipso jure* (*text. hic*) en ce sens que, par le seul fait de ses avances, le mari se trouve libéré d'une valeur égale, valeur dont le paiement, si la retenue n'en était pas opérée, serait sujet à répétition (*Ulp. fr.* 5, § 2, *eod.*). Cette diminution de la dot par les dépenses nécessaires s'applique aux valeurs pécuniaires dont la dot se composerait en tout ou en partie. Quant aux autres objets, ils restent dotaux; mais le mari les garde jusqu'au remboursement de ses avances (*Ulp. fr.* 5, § 1, *eod.*; *Paul. fr.* 56, § 3, *de jur. dot.*).

Les dépenses utiles ne diminuent pas la dot (*Ulp. fr.* 7, § 1, *de imp. in res dot.*); et cependant le mari, lorsqu'il n'a point agi malgré la femme, jouissait d'un droit de rétention (*Paul. fr.* 8, *eod.*; *fr.* 79, § 1, *de verb. sign.*) que Justinien supprime, en permettant d'agir contre la femme par l'action de mandat ou par l'action *negotiorum gestorum*, selon qu'elle aurait connu ou ignoré les dépenses utiles (*d. C. un.* § 5, *de rei uxor.*). Quant aux dépenses d'agrément, faites avec ou sans le consentement de la femme (*Ulp. fr.* 11, *de imp. in res dot.*), le mari conserve le seul droit qu'il avait, celui de reprendre tout ce dont l'enlèvement serait possible et profitable (*Ulp. fr.* 9, *eod.*; *Just. C. un.* § 5, *de rei uxor.*).

§ XXX ET XXXIX.

1241. Parmi les causes qui empêchent la condamnation de s'élever au niveau de la dette, se trouve aussi la compensation (§ 39, *h. t.*)

Dans les actions *bonæ fidei*, le juge apprécie, comme on l'a dit précédemment (1220), ce que les parties se doivent respectivement, *id quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet* (*pr.*, *de oblig. ex cons.*), et le défendeur, lorsqu'il est lui-même créancier de son adversaire, n'est condamné que pour l'excédant de sa dette sur celle du demandeur (*in reliquum*; § 30 *et* 39, *h. t.*).

Cette imputation réciproque de la créance sur la dette et de la dette sur la créance,

(1) *Judicio societatis* (§ 37, *h. t.*). Cette décision concerne-t-elle seulement la société universelle, ou toute société sans distinction (V. *Ulp. fr.* 16, *de re jud.*; *fr.* 63, *pro soc.*; *Pothier, pand. just.* XVII, II, 46.)

debiti et crediti inter se contributio (*Modest. fr.* 1, *de compens.*), la compensation, en un mot, fut originairement restreinte aux obligations synallagmatiques résultant du même contrat (*ex eadem causa*; § 39, *h. t.*; *Caius*, 4 *inst.* 61), et, par cela même, exclue des actions de droit strict qui résultent des obligations unilatérales. La compensation *ex eadem causa* se conçoit difficilement, lorsqu'on observe que les obligations synallagmatiques produites par le même contrat, ont toujours un objet et un but différent; que le vendeur, par exemple, doit livrer un corps certain, tandis que l'acheteur doit un prix en argent : or il est impossible de compenser la chose vendue avec le prix de la vente. Toutefois il faut se rappeler que, dans toute action, quel que soit l'objet à l'occasion duquel on agit, la condamnation est purement pécuniaire (1229), et la compensation, impossible entre l'objet d'une obligation et l'objet d'une autre, s'établit facilement entre les sommes auxquelles chaque partie serait condamnée, si elle l'était séparément.

1242. Considérée sous ce rapport, la compensation *ex eadem causa* fut non seulement possible mais indispensable, à une époque où les contrats bilatéraux qui ne produisent pas deux actions directes, ne donnaient pas encore l'action *contraria*. Ainsi le commodataire ou le tuteur, poursuivi par l'action directe, arrivait par voie de compensation aux indemnités qui lui étaient dues; mais ces indemnités excèdent quelquefois la créance du demandeur; quelquefois aussi la chose pour laquelle on aurait l'action directe, est déjà restituée ou perdue par force majeure, et alors cette action n'est pas intentée. La compensation devient donc insuffisante ou même impossible : aussi a-t-on reconnu, dans le commodat, dans la tutelle et autres cas semblables, la nécessité d'une action *contraria* (V. *Caius*, *fr.* 18, § 4, *commod.*; *Ulp. fr.* 1, § 4 *et* 8, *de contrar. tut.*) qui s'exerce en même temps que l'action directe, ou même indépendamment de celle-ci (*etiam sine principali*; *Paul. fr.* 17, § 1, *commod.*; V. *Ulp. d. fr.* 1, § 8, *de contrar. tut.*).

Il résulterait de là que toute obligation se résolvait nécessairement en indemnité pécuniaire; qu'un vendeur, par exemple, ou un dépositaire, etc., au lieu d'être contraint à livrer ou à restituer l'objet du contrat, était simplement condamné à payer la valeur de cet objet ou même l'excédant de cette valeur sur le prix ou sur les sommes dont il se trouvait lui-même créancier. Sans nier cette conséquence, il faut remarquer qu'en s'obstinant à garder l'objet du contrat, lorsqu'il est entre leurs mains, le vendeur, le dépositaire ou toute autre personne tenue comme eux d'une action *bonæ fidei*, s'exposeraient par leur dol à une condamnation que le *jusjurandum in litem* rendrait fort grave (1190). D'ailleurs, dans le dépôt et dans les autres contrats réels bilatéraux, celui à qui la chose doit être remise peut, lorsqu'il est propriétaire, intenter la revendication, et par le *jussus* dont nous avons parlé précédemment (1228) se faire restituer la chose même.

1243. Le débiteur, attaqué par une action de droit strict, était condamné pour la totalité de sa dette, sans pouvoir compenser ce que le demandeur lui devait pour toute autre cause; mais, sous Marc-Aurèle, le refus d'une semblable compensation fut considéré, de la part du demandeur, comme un dol, auquel remédie l'exception *doli mali*; et, au moyen de cette exception, la compensation fut admise, dans les actions de droit strict, entre les obligations respectives qui ne dérivent point de la même cause (1).

Justinien l'admet *ipso jure*, sans recourir à l'exception *doli mali*, dans toutes les actions personnelles et même réelles, sauf la seule action *depositi* (2); mais en même temps, pour ne pas donner au défendeur un moyen trop facile de compliquer et de prolonger le plus simple procès, l'empereur ne permet d'autres compensations que celles

(1) V. *Janus a Costa*, *ad* § 39, *h. t.*; *Sculting.*, *ad Paul.* 2 *sent.* 5, § 3. Observez que les mots EX EADEM CAUSA, conservés par inadvertance dans notre § 39, ont été supprimés dans le § 30 (V. *Caius*, 4 *inst.* 61), et ne se trouvent nulle part dans Théophile.

(2) *Excepta sola depositi actione* (§ 30, *h. t.*; V. *C.* 11, *depos.*; *C.* 14, *pr.*, *de comp.*). Si l'action de dépôt est seule exceptée, que veulent dire Dioclétien et Maximien (*C.* 4, *de commod.*); que veut dire Justinien lui-même, lorsqu'il refuse la compensation à ceux qui occupent mal à propos la possession d'autrui, *possessionem alienam perperam occupantibus* (*d. C.* 14, § 2, *de comp.*)?

qui dérivent d'un droit évident (*quæ jure aperto nituntur*; § 30, *h. t.*) ou, en d'autres termes, d'une créance liquide (*causa liquida*; *C.* 14, § 1, *de comp.*) dont l'appréciation ne retarderait pas la solution du litige primitif. Dans tout autre cas, le défendeur devra se pourvoir par action séparée.

1244. Ces décisions de Justinien ont-elles véritablement innové ? oui, répond Cujas (8 *obs.* 15; 15 *obs.* 12), mais en ce point seulement que la compensation aura lieu dans les actions réelles. Du reste, en la refusant au dépositaire, en exigeant une créance liquide, et en permettant de la faire valoir *ipso jure*, l'empereur, selon Cujas, n'aurait rien établi de nouveau.

Pour éclaircir les doutes qui s'élèvent sur ce dernier point, il faut savoir qu'avant Justinien et même avant Marc-Aurèle, il existait, pour certaines personnes, des règles particulières. Ainsi l'*argentarius*, créancier et tout à la fois débiteur de Titius, devait, sans attendre que celui-ci opposât la compensation, et sous peine de plus pétition (1), restreindre son *intentio* à l'excédant de sa créance sur sa dette, du moins lorsque l'une et l'autre avaient pour objet des choses de même nature, et pourvu que la dette fût exigible (*Caius*, 4 *inst.* 64, 66 *et* 68). Ce sont les textes relatifs à l'*argentarius*, généralisés au moyen des mots *inter omnes* (*Paul. fr.* 4, *de comp.*), *ex omni contractu* (*Paul. fr.* 4, *eod.*) et probablement aussi par d'autres altérations (V. *Paul.* 2 *sent.* 5, § 3, qui ont fait croire qu'avant Justinien la compensation avait lieu *ipso jure* dans toutes les actions, et opérait rétroactivement l'extinction réciproque de la créance et de la dette à compter du premier moment où elles auraient existé simultanément.

1245. La preuve que le dépositaire n'a jamais pu compenser, se tire d'une sentence de Paul (2, *sent.* 12, § 12) fondée sur ce motif, qu'il faut rendre la chose même, *res ipsa reddenda est* ; mais cette raison, qui d'ailleurs se serait appliquée à plusieurs autres cas, n'en était pas une du temps de Paul, puisque toute condamnation était pécuniaire.

Relativement à la dette liquide, Cujas cite deux textes (*Scævol. fr.* 22, *de compens.*; *Pompon, fr.* 3, *de tutel. et rat.*) très-peu concluans, et qui, d'ailleurs, ne détruiraient pas ceux qui admettent la compensation de dettes non liquides (V. *Ulp. fr.* 10, *de compens.*), et même litigieuses (V. *Caius, fr.* 8, *eod.*).

TITRE VII.

DES OBLIGATIONS CONTRACTÉES PAR LES PERSONNES SOUMISES A LA PUISSANCE D'AUTRUI.

PR. ET § VI.

1246. D'après le droit civil, le père de famille, créancier de tout ce qui serait dû aux esclaves ou aux enfans placés sous sa puissance (1101, 1102), n'est point tenu des engagemens qu'ils auraient contractés (§ 10, *de action.*); mais le droit prétorien se montre plus équitable pour ceux qui contractent avec une personne *alieni juris*, et leur accorde plusieurs actions contre le père ou le maître du débiteur.

Les règles établies sur cette matière sont, à peu de chose près, communes aux esclaves et aux fils de famille ; pour abréger, on parlera donc seulement des premiers, sauf à indiquer séparément ce qui ne s'appliquerait point aux seconds (V. § 8, *h. t.*).

Ceux qui, après avoir contracté avec l'esclave, veulent agir contre son maître, ne sont pas toujours également favorables. Pour attribuer à chacun ce qu'il doit équitablement obtenir, le droit honoraire distingue si l'on a contracté avec l'esclave, 1° par ordre du maître; 2° sans son ordre, mais à sa connaissance, ou 3° à son insu. Dans ce dernier cas, il distingue encore si le maître a ou n'a pas profité des valeurs reçues par l'esclave (V. *Caius, fr.* 1, *quod cum eo*).

§ I.

1247. Ceux envers qui l'esclave s'engage d'après l'ordre du maître (*jussu domini*),

(1) La plus pétition ne pouvait pas devenir une conséquence de la compensation ordinaire, d'abord parce que cette compensation n'avait lieu, *ipso jure*, que dans les actions *bonæ fidei* qui n'admettent point de plus pétition. D'un autre côté, notre texte (§ 39) déclare que, dans le cas de compensation, la condamnation reste inférieure au montant de la créance, *minus consequitur quam ei debebatur*. Cette créance n'est donc pas diminuée.

se fient véritablement à ce dernier (*fidem domini sequi videtur*). Aussi est-il tenu, pour la totalité de la dette (*in solidum*; *text. hic*; *Caius*, 4 *inst.* 71) comme si l'on avait contracté avec lui (*Ulp. fr.* 1, *quod juss.*), et soumis à une action dite QUOD JUSSO, sans doute à cause des premiers mots de la formule. Il en est de même, lorsque le maître ratifie les engagemens que l'esclave aurait pris sans son ordre (*Ulp. fr.* 1, § 6, *eod.*). En effet, la ratification ou approbation postérieure (*Ulp. fr.* 12, § 1, *rat. rem hab.*) équivaut presque toujours au mandat (*Ulp. fr.* 60, *de reg. jur.*).

§ II.

Le principe est le même (*eadem ratione*) pour les esclaves à qui le maître confie la direction d'un commerce quelconque, soit en leur donnant le commandement d'un navire par lui armé, soit en les mettant à la tête de tout autre négoce (*cuilibet negociationi*), et, par exemple, d'une boutique (*tabernæ forte*). Toute personne qui contracte avec eux relativement aux opérations dont ils sont chargés (1), contracte d'après l'ordre implicite du maître (§ 8, *h. t.*). Aussi peut-elle agir contre lui pour la totalité de la dette, *in solidum* (*text. hic*; *Caius*, 4 *inst.* 71, *Paul.* 2 *sent.* 8, § 1 *et* 2).

1248. Toutefois, on n'agit point dans ce cas par l'action QUOD JUSSO; on obtient, contre l'armateur du navire (*exercitor*), l'action dite exercitoire, et contre tout autre préposant ou commettant, à raison des engagemens pris par son préposé ou commis (*institor*), l'action dite institoire. Si le commis se substitue un autre commis, ou si le commettant est lui-même *alieni juris*, l'action institoire ne sera donnée, ni contre le préposant pour les obligations contractées par le substitué, ni dans aucun cas contre le maître du préposant. L'action exercitoire, au contraire, aurait lieu, soit contre l'armateur même, soit contre le maître dont il dépend, et avec la volonté duquel il aurait armé (*Ulp. fr.* 1, § 19, 20, 21 *et* 22, *de exercit.*; *Paul. fr.* 6, *eod.*; 2 *sent.* 6), pour les engagemens pris par le capitaine ou par ceux à qui le capitaine aurait remis le commandement du navire, même à l'insu de l'armateur et malgré sa défense (*Ulp. d. fr.* 1, § 5). On a voulu, en effet, dans l'intérêt des navigateurs, et en considération des avantages que leur commerce procure à l'État, qu'il y eût sécurité en traitant avec eux (*Ulp. d. fr.* 1, 5 *et* 20).

1249. Il n'a été question jusqu'ici que des esclaves préposés par leur maître; cependant les actions exercitoire et institoire ont également lieu contre celui qui aurait préposé l'esclave d'autrui ou même une personne libre (*text. hic*; *Ulp. fr.* 1, § 4, *de exercit*; *fr.* 7, § 1, *de instit.*). Dans ce dernier cas, le capitaine ou le commis, sont de véritables mandataires : on pourrait donc s'étonner qu'après avoir contracté avec eux, on eût besoin d'une action prétorienne pour agir contre celui qui les a préposés, c'est-à-dire contre un mandant; mais il faut se rappeler que, d'après le droit civil, chacun contracte pour soi (1007); que le mandataire, agissant pour l'exécution du mandat, s'oblige lui-même sans obliger le mandant. Ceux qui traitent avec le premier, n'ont aucune action civile contre le second; il a donc fallu que le préteur donnât l'action exercitoire et l'action institoire pour agir contre l'armateur ou contre le préposant, lorsqu'on ne préfère pas exercer contre le capitaine ou contre le commis l'action résultant des engagemens pris par ce dernier. (*Ulp. fr.* 1, § 17 *et* 24; *de exercit.*; V. *fr.* 7, § 1, *de instit.*).

L'action institoire et l'action exercitoire ne s'appliquaient d'abord qu'aux opérations de commerce. En généralisant le principe qui les a fait admettre, on a voulu que ceux qui ont traité avec le mandataire pussent, quel que soit l'objet du mandat, agir contre le mandant par l'action institoire utile (*ad exemplum institoriæ actionis*; *Papin. fr.* 19, *de instit.*; *Ulp. fr.* 13, § 25; *de act. empt.*; *fr.* 10, § 5, *mandat.*).

§ III.

1250. Les esclaves qui n'ont aucun bien, aucune propriété (§ 3, *per quas person.*

(1) *Ejus rei gratia... ejus rei causa cui præpositus erit* (*text. hic*). Voy., à cet égard, Ulpien (*fr.* 1, § 7, 8, 9, 10, 11 *et* 12, *de exercit.*; *fr.* 5, § 11, 12, 13, 14, 15 *et* 16, *de instit.*); et Scævola (*fr.* 7, *de exercit.*).

cuiq. adq.), peuvent néanmoins avoir un pécule, c'est-à-dire une petite fortune, une sorte de patrimoine (V. § 10, *de act.*) que le maître détache du sien pour que l'esclave en jouisse et l'administre séparément à son propre compte (*Ulp. fr.* 5, § 3 *et* 4, *de pecul.*; *Pomp. fr.* 4, *eod.*); en sorte qu'il peut, à raison de cette comptabilité particulière, se trouver débiteur ou créancier de son maître.

Si l'esclave fait, avec tout ou partie de son pécule, un commerce dont le maître a connaissance (*sciente domino*), le fonds et les produits de ce commerce (V. *Ulp. fr.* 5, § 5, 11, 12, 13 *et* 14 *de trib. act.*) doivent, d'après le droit prétorien, servir à payer les dettes que l'esclave aurait contractées à cette occasion envers les étrangers (*Ulp. d. fr.* 5, § 4), et celles dont il serait tenu envers son maître pour une cause quelconque (*Ulp. d. fr.* 5, § 7). C'est le maître qui fait la répartition dans laquelle il est lui-même compris, et qui, en cas d'insuffisance, paie aux créanciers une valeur proportionnelle au montant de leur créance. Si l'un d'eux prétend n'avoir reçu qu'une partie de ce qui lui revenait, il peut, pour le surplus, intenter l'action tributoire contre le maître (*text. hic*; V. *Ulp. fr.* 5, § 19, *de trib.*; *fr.* 1, *eod.*), qui toutefois ne répond que de son dol (*Ulp. fr.* 7, § 2 *et* 3, *eod.*).

§ IV.

1251. Ceux qui contractent avec un esclave à l'insu de son maître, *sine voluntate domini* (*text. hic*), ou même malgré lui (*Caius, fr.* 29, § 1, *de pecul.*; *Paul. fr.* 47, *eod.*), ont encore action contre ce dernier, mais seulement dans certaines limites. En effet, il arrive souvent que les esclaves emploient aux affaires du maître tout ou partie des valeurs qu'ils ont reçues, par exemple, des sommes par eux empruntées, et font, soit des acquisitions, soit des dépenses nécessaires (V. *text. hic*), ou simplement utiles, pour lesquelles une personne libre aurait l'action *negotiorum gestorum* (*Ulp. fr.* 3, § 2, *de in rem vers.*). Dans ce cas, le maître est tenu de tout ce que les esclaves ont ainsi employé à ses affaires; et, s'ils doivent quelque chose de plus, le maître n'en est tenu que jusqu'à concurrence du pécule de chaque esclave (*text. hic*; *Caius, fr.* 1, *quod cum eo*; V. *Ulp. d. fr.* 3, § 1, 3 *et seqq.*, *de in rem vers.*).

A cet égard, les créanciers de l'esclave agissent contre le maître DE PECULIO *deque eo quod in rem domini versum erit*, ou, plus brièvement, DE IN REM VERSO (V. § 5, *h. t.*), c'est-à-dire, suivant plusieurs interprètes, par deux actions distinctes, l'une DE PECULIO, l'autre de IN REM VERSO (V. *Vinnius, hic*), tandis que notre texte et celui de Caius (4 *inst.* 74) déclarent formellement qu'il n'existe qu'une seule action, qu'une seule formule, dont la condamnation est double (*duas habet condemnationes*), afin que le juge condamne le maître à payer, d'une part, ce qui a été employé à ses affaires, et, d'autre part, la valeur du pécule. En effet, lorsque les textes parlent d'une action donnée *de peculio* ou *de in rem verso*, ils n'entendent pas nommer et caractériser une action spéciale, ayant une existence distincte de toute autre; ils indiquent seulement un objet, une valeur qui détermine le montant des condamnations qu'on obtiendra en exerçant contre un chef de famille l'action résultant des obligations, dont seraient tenues les personnes soumises à sa puissance. C'est ainsi qu'en exerçant l'action de tutelle, l'action *negotiorum gestorum* (*Sever. et Anton. C.* 1, *quod cum eo*), l'action de mandat, l'action *ex stipulatu* (*Ulp. fr.* 3, § 7 *et* 10, *de pecul.*), etc., on agit souvent *de peculio* et *de in rem verso*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence, soit du pécule, soit des valeurs employées aux affaires du chef de famille.

1252. Lorsqu'on agit ainsi, le juge apprécie d'abord les valeurs que l'esclave aurait employées aux affaires de son maître, et ne s'occupe du pécule que subsidiairement pour les valeurs qui n'auraient pas reçu le même emploi. Tel est le système que Justinien consacre ici d'après Caius; mais Paul et Ulpien, jurisconsultes postérieurs, considèrent les valeurs appliquées aux affaires du maître comme une dette dont celui-ci est tenu envers l'esclave, et qui augmente d'autant son pécule, en sorte qu'en agissant *de peculio* on agirait, par cela même, *de in rem verso* (V. *Paul. fr.* 19, *de in rem vers.*). Toutefois, il importe d'agir spécialement *de in rem verso*, lorsqu'on ne plus agir *de peculio*, c'est-à-dire lorsque

l'esclave n'a plus de pécule, lorsqu'il est mort, affranchi ou passé sous une autre puissance depuis plus d'une année utile (*Ulp. fr.* 1, *pr.* § 1, 2, 3, 4, 5 *et* 6, *quand. de pecul.*). Alors, en effet, l'action n'existe plus *de peculio*, mais subsiste toujours *de in rem verso* (*Ulp. fr.* 1, § 1, *de in rem vers.*; *Paul. d. fr.* 19, *eod.*); enfin, quand plusieurs créanciers agissent en même temps *de peculio*, celui d'entr'eux qui a fourni des valeurs employées aux affaires du maître, doit aussi, pour éviter toute concurrence sur ces mêmes valeurs, agir explicitement *de in rem verso* (*Ulp. d. fr.* 1, § 2).

1253. L'action tributoire suppose une distribution à laquelle le maître et certains créanciers concourent chacun au prorata de sa créance (1250) sans privilége aucun pour celui qui se présente le premier. On le paie, il est vrai, comme s'il était seul; mais alors il donne caution de restituer la part qui reviendrait aux autres créanciers s'il en survient (*Ulp. fr.* 5, § 19, *de tribut.*). L'action *de peculio*, au contraire, donne à celui qui agit le premier, un avantage exclusif (*Paul. fr.* 6, *eod.*); et comme le maître, s'il pouvait agir pour ce que lui doit son esclave, agirait *de peculio* contre soi-même, on le considère comme ayant prévenu tous les autres créanciers (*Ulp. fr.* 9, § 2, *de pecul.*). Aussi, lorsqu'il est condamné *de peculio* envers eux, il déduit sur l'estimation du pécule sa propre créance (1). Le père de famille étant créancier de tout ce qui est dû aux personnes placées sous sa puissance, déduit également tout ce que l'esclave doit à ces derniers (*text. hic*; *Ulp. d. fr.* 9, § 3), pourvu toutefois qu'il ne s'agisse pas des esclaves *vicarii* compris eux-mêmes dans le pécule de l'esclave *ordinarius*; car alors leur créance appartient, comme leur personne et leur propre pécule, au pécule de leur débiteur (*text. hic*; *Ulp. fr.* 17, *de pecul.*).

§ V.

1254. Celui qui pourrait agir *de peculio et de in rem verso*, ne peut pas intenter à son choix les actions *quod jussu*, institoire ou exercitoire qui s'appliquent à des cas spéciaux, ni même l'action tributoire, qui suppose une dette commerciale; mais, en sens inverse, le créancier à qui compèterait l'une de ces actions, doit, à plus forte raison, agir *de peculio et de in rem verso*, lorsqu'il est avantageux pour lui de préférer cette action, après laquelle on ne revient point aux autres (*Ulp. fr.* 4, § 5, *quod cum eo*; *fr.* 9, § 1, *de trib.*). Les actions *quod jussu*, institoire ou exercitoire, étant données pour la totalité de la dette, sont toujours préférables : à défaut de ces trois actions, le créancier qui a fourni des valeurs employées par l'esclave aux affaires du maître, doit certainement agir *de in rem verso*; mais, dans le cas contraire, le choix entre l'action *de peculio* et l'action tributoire dépend des circonstances que le texte explique suffisamment.

Ajoutons seulement que l'action tributoire étant relative au commerce que l'esclave fait, pour son compte, avec tout ou partie de son pécule, et les actions institoire ou exercitoire, au commerce que l'esclave dirige pour le compte de son maître, la première ne concourt jamais avec les autres (*Ulp. fr.* 11, § 7, *de instit. act.*).

§ VIII.

1255. Le maître contre qui le préteur accorde, soit l'action *quod jussu*, soit les actions exercitoire ou institoire dont le principe est exactement le même (1247); le maître, contre qui le droit honoraire permet d'agir *de in rem verso*, peut aussi être poursuivi directement par l'action civile, que l'on nomme condiction (*text. hic*; *Ulp. fr.* 9, § 2; *Paul. fr.* 29, *de reb. cred.*; *fr.* 17, § 4 *et* 5, *de instit. act.*). Cette décision, qui n'admet aucun doute, n'est pas à beaucoup près sans difficulté : en effet, s'il existe une action civile, on ne conçoit plus pourquoi tant d'actions diverses introduites par les préteurs. Faut-il supposer, avec Vinnius, que l'interprétation des prudens, consacrant plus tard les principes établis par le droit prétorien, aurait auto-

(1) *Text. hic*; *Ulp. d. fr.* 9, § 2, *de pecul.* Par la même raison, il prélève aussi la créance des personnes dont il serait tuteur, curateur, gérant d'affaires ou associé, et dont il a dû, comme tel, surveiller les intérêts (*Ulp. d. fr.* 9, § 4; *fr.* 11, § 9; *fr.* 13 *et* 15, *eod.*). Observez, d'ailleurs, que le maître, lorsqu'il a d'autres moyens d'obtenir ce qui lui est dû, n'exerce aucun prélèvement (*Ulp. d. fr.* 11, § 6 et 7).

risé directement ce que les préteurs n'avaient permis qu'indirectement. S'il en était ainsi, le texte devroit accorder contre le maître toutes les actions qui peuvent résulter des engagemens pris par l'esclave ; mais on ne donne que la condiction (1), et encore la restreint-on à deux cas, savoir, lorsqu'on a traité avec les esclaves par l'ordre du maître, et lorsqu'on leur a fourni les valeurs qu'ils ont employées aux affaires de celui-ci. C'est que, pour avoir la condiction contre une personne, il n'est pas nécessaire que je contracte avec elle ; il suffit qu'elle se trouve enrichie à mes dépens ou que ma chose passe dans son patrimoine (*Afric. fr.* 23 ; *Cels. fr.* 32, *de reb. cred.*). Ce principe explique suffisamment le second cas ; quant au premier, il faut remarquer qu'en contractant avec une personne par ordre d'une autre, on ne contracte pas avec cette dernière, mais cependant c'est à elle qu'on se fie. Celui qui contracte avec les esclaves par ordre du maître, *fidem domini sequi videtur* (§ 1, *h. t.*) ; il y a donc, à l'égard de ce dernier, RES CREDITA (V. *Ulp. fr.* 1, *de reb. cred.*) ; et dès lors on ne doit plus s'étonner de trouver ici la condiction (2). Elle paroit toutefois n'y être arrivée que progressivement par l'extension que les jurisconsultes lui ont donnée en généralisant son principe (3).

§ VI.

1256. Tout ce qu'on a dit jusqu'ici des esclaves et de leur maître s'applique aux fils de famille et à l'ascendant sous la puissance duquel ils se trouvent (*text. hic* ; *Ulp. fr.* 1, § 4, *de tribut. act.* ; *fr.* 1, § 5, *de pecul.*), sauf les différences suivantes :

Le maître est tenu, dans les limites ci-dessus exposées, de tous les engagemens que l'esclave a pris relativement à son pécule ; mais, lorsque celui-ci s'oblige pour autrui, soit par mandat, soit par fidéjussion, ou de toute autre manière, il n'en résulte aucune action contre le maître (*Ulp. fr.* 3, § 5 *et* 6 ; *Paul. fr.* 47, § 1, *de pecul.* ; *Julian. fr.* 19 ; *Javol. fr.* 20, *de fidej.*). Cette distinction ne s'applique point aux fils de famille (*Ulp. fr.* 3, 9, *de § pecul.*).

§ VII.

1257. Réciproquement, il est défendu de faire aux fils de famille aucun prêt d'argent (*mutuas pecunias dari*) sans le consentement de l'ascendant à la puissance duquel ils sont soumis (*Paul. fr.* 12, *de sc. maced.*). Dans ce cas, le sénatus-consulte macédonien (4), qui ne s'applique point aux esclaves (*Diocl. et Max. C.* 7, *quod cum eo*), veut que toute action soit refusée (*denegatur actio*), tant contre le fils que contre le père de famille (*text. hic.*), au prêteur qui a su ou qui a pu savoir que l'emprunteur n'était pas *sui juris* (*Ulp. fr.* 3, *de sc. maced.*).

TITRE VIII.

DES ACTIONS NOXALES.

1258. On s'est occupé, dans le titre précédent, des obligations contractées par une personne *alieni juris*, et des actions qui en résultent contre le père ou le maître, soit pour la totalité, soit seulement jusqu'à con-

(1) Javolenus (*fr.* 84, *pro soc.*), supposant une société contractée avec le fils par ordre du père, décide que l'on peut agir directement contre ce dernier, sans dire par quelle action. Veut-il parler de l'action *pro socio*, comme on le suppose généralement ? Dans ce sens, le texte de Javolenus serait isolé ; il vaut mieux, selon moi, l'interpréter par les autres textes, qui parlent tous de la condiction.

(2) Voyez, au Digeste (*lib.* 12, *tit.* 1), le titre *de rebus creditis..... et de condictione.*

(3) Julien (*fr.* 33, *de condict. ind.*) la refuse entre les personnes qui n'ont pas traité ensemble, *quia nullum negotium inter nos contraheretur.* Le même motif *si quidem nullum negotium mecum contraxisti*, fait hésiter Celsus (*fr.* 32, *de reb. cred.*) ; mais il passe outre et accorde la condiction refusée par Julien. Plus tard, Scævola (*fr.* 23, *eod.*), Ulpien (*fr.* 9, § 2, *eod.*) et Paul (*fr.* 29, *eod.* ; *fr.* 17, § 4 *et* 5, *de inst. act.*), l'accordent sans hésiter.

(4) Rendu, selon Tacite (11 *annal.* 13), sous le règne de Claude, en 779, et, selon Suétone (*in Vesp.* 11), sous le règne de Vespasien. On suppose que ce sénatus-consulte a été porté sous le premier de ces deux règnes et renouvelé sous le second. V. Ev. Otton (*hic*) et Pothier (*pand. just. XIV, VI, I*).

On a débattu la question de savoir si le *Macedo* qui a donné son nom au sénatus-consulte, était un usurier fameux, ou un fils de famille perdu de débauches, accablé de dettes et parricide, comme le dit Théophile. Les termes du sénatus-consulte (V. *Ulp. fr.* 1, *de sc. maced.*) favorisent la première opinion qui est généralement adoptée.

currence du pécule. Ces derniers sont également tenus *de peculio*, pour les obligations formées *quasi ex contractu*, par exemple, à l'occasion du serment qu'un fils de famille aurait déféré (*Ulp. fr.* 5, § 2, *de pecul.*), des tutelle ou curatelle qu'il aurait gérées (*Sever. et Ant. C.* 1, *quod cum eo*), ou des condamnations judiciaires qu'on aurait obtenues contre lui pour une cause quelconque (*Ulp. fr.* 3, § 11, *de pecul.*; *fr.* 35, *de noxal. act.*). On agit encore *de peculio*, par les actions *rei persecutoriæ* qui résultent des délits de l'esclave ou du fils de famille, mais seulement pour les valeurs dont le père ou le maître aurait profité (*Ulp. fr.* 3, § 12, *eod.*). Quant aux actions pénales résultant des mêmes délits, on ne les intente jamais *de peculio* (*Ulp. fr.* 58, *de reg. jur.*); toutefois on les exerce dans tout autre but, contre le maître ou le père du délinquant, et alors on les nomme actions noxales.

§ I ET IV.

Cette dénomination vient des mots *noxa* et *noxia*, dont le premier désigne l'auteur du délit, tandis que le second indique le délit même (*ipsum maleficium* ; § 1, *h. t.* ; *Ulp. fr.* 1, § 1, *si quadr. paup.*; *Caius, fr.* 238, § 3, *de verb. sing.*). Toutefois, *noxa* se prend souvent pour *noxia* (V. *Caius, fr.* 1 ; *Callistr. fr.* 32, *h. t.*; *Pompon. fr.* 45, § 1, *de legat.* 1°.), notamment dans le maxime NOXA CAPUT SEQUITUR (*Ulp. d. fr.* 1, § 12, *si quadr.*).

L'origine des actions noxales, telle qu'elle est indiquée ici (§ 4, *h. t.*), n'exige aucune explication.

PR. ET § II.

1259. En accordant ces actions contre le maître, la loi des Douze-Tables n'a pas voulu l'exposer à perdre plus que la valeur de l'esclave délinquant (§ 2, *h. t.*; *Caius, 4 inst.* 75), ni la totalité même de cette valeur lorsqu'elle excède le montant des condamnations. Aussi l'action noxale, et la sentence même qui en résulte, permettent-elles au maître de se délibérer, soit en payant les sommes auxquelles il est condamné (*litis æstimationem*; *pr. h. t.*), soit en abandonnant au demandeur la personne du délinquant (*pr. et* § 3, *h. t.*; *Caius, 4 inst.* 75; *fr.* 1, *h. t.*, V. *pr.*, *de off. jud.*).

Le même abandon fait *in jure*, avant la *litis contestatio*, empêcherait l'action noxale d'être accordée (*Ulp. fr.* 21, *Caius, fr.* 29, *h. t.*); et, après qu'elle a été délivrée ou même intentée, il amènerait l'absolution du défendeur qui ne doit être condamné qu'à défaut d'abandon, *nisi ex noxali causa servum dedat* (§ 31, *de act.*). Si la possibilité d'être ainsi absous, en donnant au demandeur une satisfaction que celui-ci ne peut pas refuser, caractérise, comme on l'a dit plus haut, les actions orbitraires, on doit ranger dans cette catégorie les actions noxales, et j'hésite d'autant moins que l'existence de l'*arbitrium judicis* dans ces mêmes actions est expressément indiquée par Ulpien (*fr.* 14, § 1, *h. t.*).

1260. La faculté de se libérer par l'abandon noxal n'existe pas pour ceux qui prétendroient faussement n'avoir pas en leur puissance l'esclave délinquant. Ils sont purement et simplement soumis à l'action résultant du délit (*Paul. fr.* 2, § 1, *si ex noxal. caus.*). Il en est de même de ceux qui ont toléré le délit dont ils avaient connaissance et qu'ils auraient pu empêcher (*Ulp. fr.* 2 *et* 3; *Paul. fr.* 4, *h. t.*; *Diocl. et Max. C.* 4, *eod.*).

§ III.

1261. L'abandon noxal emporte aliénation définitive de l'esclave, et cependant on lui donne ici la faculté très-remarquable d'obtenir sa liberté, malgré son nouveau maître et par le secours du préteur, lorsqu'il se procure assez d'argent pour réparer le dommage qu'il avait causé. Cette décision de notre texte ne se trouve reproduite dans aucun autre. On peut y voir une innovation de Justinien, modifiant, pour l'appliquer aux esclaves, un principe que l'ancien droit appliquait aux fils de famille (1264).

Ainsi le demandeur, à qui l'esclave est abandonné, en devient propriétaire; mais par quel moyen? Par la mancipation, qui transféroit le domaine quiritaire. Caius (4 *inst.* 79) l'indique suffisamment, et les textes par lesquels on croit prouver que le demandeur a simplement l'esclave *in bonis* (*Ulp. fr.* 26, § 6, *h. t.*; *fr.* 2, § 1,

si ex nox. caus.) ne s'appliquent point à l'esclave *noxæ deditus*, mais à celui que le demandeur emmène (*ducit*) par ordre du préteur, en l'absence du maître et lorsque personne ne se présente à la défense.

§ V.

1226. L'action noxale se donne contre le maître actuel de l'esclave, sans examiner à qui ce dernier appartenait, ou même s'il était esclave à l'époque du délit (V. *Ulp. fr.* 7, 36 *et* 38, § 1, *h. t.*). Le principe NOXA CAPUT SEQUITUR, et les conséquences que notre texte en déduit, n'ont pas besoin d'explication.

Toutefois, si le maître est soumis à l'action noxale, c'est moins comme propriétaire que comme possesseur de l'esclave qu'il aurait *in potestate*, en ce sens qu'il auroit en fait le pouvoir et la faculté de le représenter (*Paul. fr.* 22, *pr.*, § 2 *et* 3, *h. t.*). Aussi le maître ne serait-il pas soumis à l'action noxale, si son esclave était en fuite (*Paul.* 2 *sent.* 31, § 37; *Ulp. fr.* 21, § 3, *h. t.*) ou possédé *opinione dominii* par un étranger. Dans ce cas, l'action noxale serait donnée contre le possesseur (*Ulp. fr.* 11; *Caius, fr.* 13; *Paul. d. fr.* 22, § 1, *h. t.*).

Remarquez dans quel sens notre texte oppose l'action directe qui s'exerce contre une personne à raison de son propre fait, à l'action noxale qui poursuit une personne pour le fait d'autrui.

§ VI.

1263. Nous avons déjà vu qu'il ne peut exister entre le maître et l'esclave aucune obligation proprement dite, et conséquemment aucune action (1003). Notre texte applique le même principe aux délits commis par le maître envers ses esclaves ou par les esclaves envers un maître, qui, plus tard, les aliène ou les affranchit, et au délit commis par un homme libre ou par l'esclave d'autrui envers un étranger, qui, plus tard, devient leur maître. Dans ce dernier cas, les proculéiens voulaient que l'action fût seulement assoupie, pour reprendre sa force plus tard, si le délinquant obtenait sa liberté ou passait sous la puissance d'un autre maître. Les sabiniens, dont Justinien adopte ici l'opinion, considéraient l'action comme définitivement éteinte (*text. hic*; *V. Caius,* 4 *inst.* 78).

§ VII.

1264. Tout ce qu'on a dit des esclaves s'appliquait primitivement aux fils de l'un ou l'autre sexe (*Caius,* 4 *inst.* 75, 77, 78 *et* 79), sauf qu'ils ne devenaient point esclaves du demandeur. La mancipation, par laquelle s'opérait l'abandon noxal, les plaçait *in mancipio*, et l'*emptor* n'était forcé de les affranchir que lorsqu'ils lui avaient procuré, par leurs acquisitions dont il profitait, l'équivalent du tort par eux causé (1).

L'abandon noxal du fils de famille, contraire à l'esprit du christianisme (*nova hominum conversatio*), était inusité dans le bas-empire, lorsqu'il fut aboli par Justinien (*text. hic*), et depuis on a dû agir, à défaut d'action noxale, comme on agissait quelquefois dans l'ancien droit. En effet, l'action résultant du délit commis par un fils de famille pouvait être intentée directement contre ce dernier, et ensuite on agissait *de peculio* contre le père pour le montant des condamnations prononcées contre le fils (*Jul. fr.* 34; *Ulp. fr.* 35, *h. t.*; *fr.* 3, § 11, *de pecul.*). L'esclave, au contraire, ne pouvoit être poursuivi qu'après son affranchissement (V. § 5, *h. t.*).

TITRE IX.

DU DOMMAGE CAUSÉ PAR UN QUADRUPÈDE.

PR.

1265. La loi des Douze-Tables accorde, pour le dommage causé par certains animaux, une action noxale dite *de pauperie* (§ 1, *h. t.*), parce que le dommage dont l'auteur n'est coupable d'aucun tort (*damnum sine injuria facientis illatum*) et spécialement le dommage causé par un ani-

(1) V. Caius (1 *inst.* 140) et un fragment de Papinien conservé dans la comparaison des lois mosaïques (*tit.* 2, § 3). Ce même fragment est transcrit dans l'*Eclog*., en note du § 3, *h. t.*

mal, c'est-à-dire par un être sans raison (*quod sensu caret*), s'appelle *pauperies*, par opposition au dommage causé *injuria*, dont s'occupe la loi Aquilia (1131). De là cette rubrique de notre titre, *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*. En effet, la loi n'a parlé que des quadrupèdes; mais, au moyen de l'action utile, le même principe a été appliqué aux autres animaux (V. *Paul. fr.* 4, *h. t.*).

La loi concerne exclusivement les animaux domestiques qui deviennent dangereux, lorsqu'ils tortent des habitudes pacifiques de leur espèce (*contra naturam; text. hic; Ulp. fr.* 1, § 4 *et* 7, *h. t.*); aussi l'action *de pauperie* ne résulte-t-elle pas du fait des bêtes féroces, *si genitalis feritas sit* (1). Remarquez cependant la décision de notre texte sur le dommage causé par un ours échappé à son maître. Celui-ci, dit-on, n'est pas soumis à l'action noxale, parce qu'il n'est plus propriétaire de l'animal qui a recouvré son indépendance (*text. hic*; V. 346). Cette conséquence, tirée du principe NOXA CAPUT SEQUITUR, serait fort inutile, si l'action noxale n'avait pas lieu contre le maître à qui l'animal sauvage continue d'appartenir. En effet, il est tenu de l'action *de pauperie*, mais ce n'est sans doute que l'action utile (V. *Vinnius hic*).

§ I.

1266. Les dispositions de ce texte n'exigeraient aucune explication si les derniers mots ne déclaraient pas, d'après Ulpien (*fr.* 130, *de reg. jur.*; *fr.* 60, *de obl. et act.*), que lorsqu'il existe plusieurs actions relatives au même objet, et surtout plusieurs actions pénales (*præsertim pœnales*), l'exercice de l'une n'empêche jamais l'exercice de l'autre.

Il faut savoir premièrement que le cumul n'existe pas à l'égard des actions *rei persecutoriæ*, et que le mot *præsertim* indique ici une application exclusive aux actions pénales; secondement que ces dernières se cumulent relativement au même objet, comme on le dit ici, lorsque chacune d'elles résulte d'un fait et conséquemment d'un délit distinct. Ainsi le même individu, voleur et meurtrier de mon esclave, serait soumis, pour le vol, à l'action *furti*, et, pour le meurtre, à l'action de la loi Aquilia (*Ulp. fr.* 2, *pr.*, § 1, 2, 3, 4, 5 *et* 6, *de priv. del.*). C'est ainsi pareillement que le propriétaire d'une bête féroce est tenu de l'action *de pauperie*, pour le dommage que cet animal aurait causé, et d'une action édilitienne pour avoir placé ce même animal sur la voie publique (V. *text. hic*). Lorsque plusieurs actions pénales résultent du même fait, l'exercice de la plus sévère éteint toutes les autres; et, au contraire, l'exercice de l'action la moins sévère, par exemple, de l'action *furti nec manifesti* contre le ravisseur, permettrait d'exercer encore une autre action, c'est-à-dire l'action *vi bonorum raptorum*, mais seulement pour ce qu'elle contient de plus que l'autre (*Paul. fr.* 1, *vi bon. rapt.*; *fr.* 41, § 1, *de obl. et act.*; V. *Cuj.* 8 *obs.* 24).

TITRE X.

PAR QUI L'ON PEUT AGIR.

1267. La nécessité d'exercer et de suivre par soi-même toutes les actions qu'on aurait à intenter, se conçoit à peine, tant elle serait gênante; et cependant, malgré les inconvéniens dont elle était remplie (*text. hic*; V. *Ulp. fr.* 1, § 2, *de procur.*), cette nécessité exista autrefois (*olim*), c'est-à-dire dans le système judiciaire des actions de la loi, qui a précédé le système des formules (V. *Caius*, 4 *inst.* 82). On ne pouvait agir au nom et en exerçant le droit d'autrui (*alieno nomine*), que dans trois circonstances particulières, auxquelles la loi Hostilia joignit plus tard une quatrième exception.

Ainsi agissait PRO POPULO, l'agent ou le syndic exerçant les actions d'une ville ou d'une province (V. *Ulp. fr.* 1, § 1, *quod cujusq. univers.*); PRO LIBERTATE, l'*assertor*, dont nous avons parlé précédemment (1200), et PRO TUTELA, le tuteur exerçant les actions du pupille. En cas de procès entre

(1) *Text. hic*; V. *Ulp. fr.* 1, § 10, *h. t.* Il existe, relativement aux chiens, plusieurs dispositions peu conciliables (*Paul.* 2 *sent.* 15, § 1, *h. t.*; *Ulp. fr.* 1, § 5, *eod.*; V. § 1, *h. t.*; *Pothier, pand. just.* IX, I, 13).

le pupille et son tuteur, ou nommait, pour agir au nom du premier, un tuteur prétorien, tuteur spécial dont on continua de se servir après la suppression des actions de la loi, du moins dans certains cas (V. *Caius*, 1 *inst.* 184; 4 *ibid.* 103 *et seqq.*; *Ulp.* 11 *reg.* 24) que les Institutes de Justinien ne distinguent plus. Aussi le tuteur prétorien y est-il toujours remplacé par un curateur (264; § 3, *de auct. tut.*).

Les actions de la loi étant supprimées, l'usage permit d'agir, de plaider, tant comme demandeur que comme défendeur, ou pour soi-même, en son propre nom, ou au nom d'autrui, en qualité de tuteur, de curateur, de procureur, et même, quoique Justinien n'en parle plus, en qualité de COGNITOR (1).

§ I.

1268. Plusieurs différences existaient entre le procureur et le *cognitor*.

En effet, le procureur n'étant qu'un mandataire, se constitue par un mandat que sa volonté (V. *Ulp. fr.* 1; *fr.* 8, § 1, *de procur.*), jointe à celle du constituant (*text. in fin.*), forme indépendamment de toute autre condition (V. *Ulp. fr.* 1, § 3, *de procur.*), sans paroles solennelles, et même en l'absence de l'adversaire ou à son insu (*Caius*, 4 *inst.* 84; *Paul.* 1 *sent.* 3, § 1). Le *cognitor*, au contraire, se constituait absent ou présent, mais toujours au moyen de certaines paroles, prononcées par le constituant en présence de son adversaire (*Caius*, 4 *inst.* 83); et, à raison de cette solennité, le *cognitor* représentait le constituant (*domini loco habetur; Caius*, 4 *inst.* 97), comme si ce dernier eût agi lui-même en son propre nom (*Caius*, *ibid.* 98).

Aussi le contrat ou quasi contrat judiciaire que la décision du juge forme entre les plaideurs (V. *Ulp. fr.* 3, § 11, *de pecul.*), se formait, par l'intervention du *cognitor*, entre le constituant et son adversaire, et c'est au constituant ou contre lui que compétait ordinairement (2) l'action *judicati* (*Paul.* 1 *sent.* 2, § 4; *Theod. C.* 7, C. Th., *de cognit. et proc.*), qui se donne ou double contre la partie qui prétend mal à propos n'avoir pas été condamnée (*Caius*, 4 *inst.* 171; *Paul.* 1 *sent.* 19, § 1; V. *Ulp. fr.* 6, § 1, *de re judic.*). Cette même action, au contraire, compétait au procureur ou contre lui (*fragm. vatic.* 317, 332), conformément à ce principe général, que lorsque le mandataire contracte en exécution du mandat, il en résulte action, non pour ou contre le mandant, mais pour ou contre le mandataire qui a contracté (1249).

1269. Ces distinctions entre le *cognitor* et le procureur n'ont pas été maintenues sans altération; car, dès le règne d'Alexandre-Sévère, le procureur de la partie qui s'était présentée en personne pour le constituer, fut, à certains égards, assimilé au *cognitor* (*fragm. vatic.* 317, 331; *Modest. fr.* 65, *de procur.*; V. *Ulp. fr.* 27, *eod.*), et l'assimilation a pu se trouver beaucoup plus complète au temps de Justinien, qui supprime jusqu'au nom du *cognitor* dans les textes qu'il applique au procureur.

Aussi, dans les Pandectes, est-ce au constituant ou contre lui que compète l'action *judicati*, et non au procureur ou contre lui; à moins qu'il ne se soit spontanément offert à la défense, ou qu'il n'ait été constitué *procurator in rem suam* (*Ulp. fr.* 4, *de re judic.*; *Paul. fr.* 61, *de procur.*; V. *fr.* 30, *eod.*).

§ II.

1270. On a vu, au premier livre, comment se constituent les tuteurs : ajoutons seulement ici que l'action *judicati* compète aux pupilles et contre les pupilles, non ou tuteur ou contre le tuteur qui, en se por-

(1) *Caius*, 4 *inst.* 82; V. *Paul.* 1 *sent.* 2 *et* 3. Lorsqu'on plaide au nom d'autrui, l'*intentio* reste la même et exprime toujours le nom du *dominus*, c'est-à-dire de la personne à qui ou contre qui l'action compète; mais le nom de ceux qui agissent ou défendent pour autrui est substitué, dans la condamnation, au nom du *dominus* (V. *Caius*, 4 *inst.* 86 *et* 87). Ainsi, par exemple, *Primus* agissant pour *Secundus* contre *Tertius*, la formule sera ainsi conçue : *Si paret Tertium* SECUNDO *dare oportere*, *Tertium* PRIMO *condemna*.

(2) A moins que le *cognitor* n'ait été constitué *in rem suam*, pour exercer à ses risques et périls, mais au nom du constituant, une action à lui cédée par ce dernier (V. *fragm. vatic.* 317; *Theod. C.* 7, C. Th., *de cognit. et procur.*).

tant demandeur ou défendeur en leur nom, remplit un devoir forcé (*Pap. fr.* 6 ; *Scæv. fr.* 7, *quand. ex fact. tut.*). Aussi en serait-il autrement s'il avait bénévolement pris le rôle de défendeur, lorsqu'il suffisait d'autoriser le pupille en laissant délivrer l'action contre ce dernier (*Ulp. fr.* 2, *de admin. et peric. tut.*). Les mêmes principes semblent applicables dans la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans; mais comme aucune action ne peut être donnée contre les fous (*Pomp. fr.* 2, *de condict furt.*; *Ulp. fr.* 4, *de in jus voc.*), leur curateur, condamné en leur nom, est soumis à l'action *judicati* pendant tout le temps que durent ses fonctions (*Papin. fr.* 5, *quand. ex fact. tut.*; *et ibi Cujac.*).

TITRE XI.

DES CAUTIONS.

1271. Nous avons déjà vu (993) que le préteur, en accordant une action, contraint quelquefois l'une des parties à contracter par stipulation certains engagemens, qu'on appelle *satisdationes* parce qu'ils sont ordinairement garantis par fidéjusseurs (280). Ces stipulations prétoriennes sont usitées dans plusieurs cas, et surtout lorsque l'action est donnée à une personne ou contre une personne qui se présente au nom d'autrui; aussi ce titre n'est-il, pour ainsi dire, qu'une continuation du précédent.

Notre texte se divise en deux parties distinctes : la première concerne l'ancien droit, le droit romain proprement dit; la seconde, à partir du § 2, le droit nouveau (*novitas*), établi *per usum* (*pr.*, *h. t.*) dans le bas-empire.

PR. ET § I.

1272. Dans l'action réelle, le défendeur possède et doit conserver sa possession pendant toute la durée du litige. Aussi, quoiqu'il plaide en son propre nom, doit-il donner la caution dite *judicatum solvi* (V. *Ulp. fr.* 6 *et* 9, *judic. solv.*) pour le cas où, après avoir succombé, il n'aurait pas restitué la chose ou payé le montant de la condamnation (*litis æstimationem*; *pr.*, *h. t.*; *Caius*, 4 *inst.* 89). Faute par le défendeur de donner cette garantie, la possession serait transférée au demandeur, si toutefois ce dernier consentait lui-même à donner la caution qu'on lui refuse (V. *Paul.* 1 *sent* 11, § 1).

La caution *judicatum solvi*, sauf quelques cas exceptionnels (V. *Caius*, 4 *inst.* 12), n'était point exigée du défendeur qui se présentait en son propre nom dans une action in *personam* (§ 1, *h. t.*; V. *Caius*, 4 *inst.* 102); mais, d'après une règle ancienne, applicable même aux actions personnelles, aucun de ceux qui se portent défendeurs au nom d'autrui, n'était réputé solvable sans caution (*nemo defensor*, etc.; § 1, *h. t.*; *Caius*, 4 *inst.* 101). Aussi, en pareil cas, le procureur devait-il donner la caution *judicatum solvi* (§ 1, *h. t.*), à laquelle le *cognitor*, d'après ce qu'on a dit précédemment (1268), semblerait n'être pas assujéti. Effectivement, ce n'est pas lui, mais le constituant qui donnait caution (*Caius*, 4 *inst.* 101), sans doute pour l'honneur de la règle *nemo defensor*, etc.

1273. L'action intentée en mon nom par un procureur, aurait pu être intentée de nouveau par moi-même; aussi le procureur, agissant au nom d'autrui, devait-il donner caution que le *dominus* ratifiera (1). Le même danger n'existait pas dans le cas du *cognitor*; car j'étais censé intenter moi-même l'action qu'il intentait en mon nom (1268); aussi le demandeur n'avait-il aucune caution à fournir, soit qu'il agit pour lui-même en son propre nom, ou comme *cognitor* (*pr.*, *h. t.*; *Caius*, 4 *inst.* 96, 97, 98 *et* 100).

Les tuteurs et curateurs donnaient les mêmes cautions que le procureur; cependant on les en dispensait quelquefois, lorsqu'ils étaient demandeurs (*iis agentibus*; *pr. t.*; V. *Caius*, 4 *inst.* 99). Dans le cas contraire, on leur appliquait, sans doute, la règle *meno defensor*, etc.

§ II.

1274. Passons au droit nouveau.

Le défendeur qui plaide en son propre nom n'est plus assujéti, même dans les ac-

(1) *Pr.*, *h. t.*; *Caius*, 4 *inst.* 98. Cette caution RATAM REM DOMINUM HABITURUM, s'appelle aussi caution DE RATO (V. § 4, *de divis. stip.*).

tions réelles, à donner caution *litis æstimatione*; mais il doit, dans toute espèce d'actions, prendre un engagement qui concerne sa personne (*pro sua tantum persona*), et pour lequel, suivant le rang et la dignité de chacun, on se contente quelquefois d'une simple promesse (*Marcian. C.* 25, § 1; *Leo et Anthem. C.* 33, § 3, *de episc. et cleric.*); quelquefois, on contraire, on exige soit la caution juratoire, c'est-à-dire un serment (*text. hic; Honor. et Theod. C.* 17, *de dignit.*), soit un fidéjusseur (*text. hic*). Le défendeur s'engage donc ainsi à rester *in judicio* jusqu'à la fin du procès.

Pour entendre cette décision, il faut savoir que la caution *judicatum solvi* comprenait, même sous Justinien (1), plusieurs clauses distinctes. On s'obligeait, en la donnant, non-seulement à payer les sommes auxquelles on serait condamné, mais aussi à rester *in judicio* jusqu'à la fin du procès (*Theoph. ad* § 4, *h. t.*). Il semble donc résulter de notre texte, que, dans toute action, le défendeur est soumis à la caution *judicatum solvi*, pour la seconde clause (*pro sua tantum persona; text. hic*); tandis qu'il en est dispensé, quant à la première clause (*pro litis æstimatione, text. hic*), pourvu qu'il plaide en son propre nom. En effet, dans le cas contraire, son engagement doit s'étendre à toutes les clauses de la caution *judicatum solvi* (§ 4, *h. t.*).

Je ne pense donc pas, comme on le croit communément, que notre texte se réfère ici à l'ancien *vadimonium* que la personne appelée *in jus* faisait à son adversaire, en promettant de s'y représenter à jour fixe, *se certo die sisti*, lorsqu'une première comparution se trouvait insuffisante (2).

§ IV.

1275. Lorsque le défendeur plaide par procureur, la caution *judicatum solvi* devient indispensable, conformément à la maxime *nemo defensor*, etc. (V. § 5, *h. t.*). Toutefois on distingue si le défendeur est présent (*text. hic*) ou absent (§ 5, *h. t.*).

Lorsqu'une partie vient elle-même *in judicium* pour constituer un procureur, celui-ci est, comme nous l'avons vu plus haut, assimilé à l'ancien *cognitor* (1269); aussi n'est-ce pas lui, mais le constituant qui fournit la caution *judicatum solvi*, soit par une stipulation solennelle, c'est-à-dire judiciaire, soit par une stipulation extra-judiciaire, et en se portant lui-même fidéjusseur de son procureur. Dans l'un et l'autre cas, il doit consentir hypothèque sur tous ses biens (3), et enfin garantir, en observant les distinctions précédemment exposées (1274; Theophile, *hic*), qu'il se présentera *in judicio* pour entendre prononcer la sentence.

§ V.

1276. En l'absence du défendeur, ceux qui voudraient défendre en son nom, y sont admis dans toute espèce d'action; mais, dans ce cas, la caution *judicatum solvi* doit être fournie par le procureur même. Notre texte ajoute qu'elle sera donnée *pro litis æstimatione*; tandis qu'on l'a exigée ci-dessus (§ 4, *h. t.*) pour toutes les clauses qu'elle peut comprendre. Pourquoi cette différence, si toutefois la différence est réelle?

§ III, VI ET VII.

1277. Quant au demandeur, s'il agit par procureur, ce dernier doit, comme on l'a vu précédemment, donner caution *de rato* (1273). Cependant, si le mandat était authentiquement constaté (*actis insinuatum*), ou si le *dominus* se présentait lui-même *in judicio* pour reconnaître son procureur, la caution ne serait pas nécessaire (§ 3, *h. t.*), parce que, dans ce cas, le procureur est un véritable *cognitor* (1269).

(1) Dans l'ancien droit, la caution *judicatum solvi* contenait trois clauses distinctes, savoir. la première *de re judicata*, la seconde *de re defendenda*, la dernière *de dolo malo* (*Ulp. fr.* 6, *judic. solv.*).

(2) *Caius*, 4 *inst.* 184. Cette promesse s'appelle, au Digeste, caution *judicio sisti* (V. *Ulp fr.* 3, *si quis in jus*: *fr.* 4, *in jus vocat.*), sans doute parce que le mot *judicio* aura été ajouté par Tribonien, ou même substitué au mot *jure*.

(3) Cette hypthèque aurait pour but, suivant notre texte, d'obliger les héritiers du défendeur lui-même, ce qui ne paraît pas compréhensible, puisqu'il se porte fidéjusseur, et par cela même contracte une obligation transmissible aux héritiers (V. § 2, *de fide.*).

Précédemment les tuteurs et curateurs ont été assimilés aux procureurs, pour la caution qu'ils doivent fournir (*pr*, *in fin.*, *h. t.*). Notre texte leur applique également ce qui précède, pour le cas où ils agiraient en cette qualité, non pour autrui, mais par autrui (*per alium*, § 3, *h. t.*), et l'on veut dire que leur présence *in judicio*, ou le mandat qu'ils auraient donné en forme authentique, suffira pour exempter de la caution le procureur par eux constitué.

Les §§ 6 et 7 n'exigent aucune explication.

TITRE XII.

DES ACTIONS PERPÉTUELLES OU TEMPORAIRES, ET DES ACTIONS QUI SE TRANSMETTENT ACTIVEMENT OU PASSIVEMENT AUX HÉRITIERS.

1278. La double distinction dont va s'occuper notre titre est étrangère aux actions dont le préteur a délivré la formule (*contestata*, § 1, *h. t.*; *judicio inclusa*, *Caius*, *fr.* 139, *de reg. jur.*). Ainsi lorsqu'on distingue, d'une part, des actions perpétuelles ou temporaires, d'outre part, des actions qui sont ou ne sont pas héréditairement transmissibles, il s'agit du droit de demander l'action plutôt que de l'action même. En effet, Caius (4 *inst.* 110) parle ici du temps pendant lequel l'action peut être accordée par le préteur.

PR.

Ce temps est illimité pour les actions qui dérivent des lois, des sénatus-consultes ou des constitutions impériales (1), c'est-à-dire pour les actions civiles. Il est d'un an pour un grand nombre d'actions prétoriennes, et cela, dit Justinien, parce que l'autorité du préteur ne durait elle-même qu'un an. Cette raison, si elle était vraie, s'appliquerait à toutes les actions prétoriennes sans distinction; il semblerait, d'ailleurs, en résulter que l'action doit être demandée au magistrat pendant la préture duquel serait né le droit de la demander, ce qui souvent restreindroit l'année à quelques jours. Il est plus vraisemblable que les préteurs, en introduisant un grand nombre d'actions, ont circonscrit dans ce court délai celles qui paraissaient les plus rigoureuses ou les plus éloignées des principes du droit civil.

1279. En effet, les actions prétoriennes sont tantôt une création spéciale du droit honoraire (*ex propria prætoris jurisdictione pendent*), tantôt une imitation du droit civil (2). Dans le premier cas, leur durée est ordinairement (*plerumque*) restreinte à un an, sans l'être toujours; car si le délai s'applique aux actions pénales (V. *Ulp. fr.* 9, § 1, *quod fals. tut.*; *Paul. fr.* 22, § 6, *de liber. caus.*), les actions *rei persecutoriæ*, au contraire, sont perpétuelles (V. *Ulp. fr.* 4, § 10, *de damn. inf.*; *Paul. fr.* 22, § 5, *rer. amot.*), à moins qu'elles ne tendent, comme les actions rescisoires (V. § 5 *et* 6, *de act.*), à détruire les effets du droit civil (*Paul. fr.* 35, *de obl. et act.*). L'action de vol manifeste au quadruple dérive directement du droit prétorien (*quamvis*, etc.); c'est une action pénale, et cependant elle est perpétuelle, parce qu'elle substitue une peine pécuniaire à une peine capitale (1124; *Caius*, 4 *inst.* 111). Cette modification a paru suffisante; l'étendre en limitant la durée de l'action, aurait été absurde, comme le dit Justinien, sans expliquer pourquoi.

Le droit honoraire imite le droit civil, lorsqu'il emprunte les actions de ce dernier pour leur donner, au moyen de certaines fictions, une application plus étendue. C'est ainsi qu'il accorde, sous le nom d'action publicienne, une revendication fondée sur l'accomplissement fictif de l'usucapion (1166; *Caius*, 4 *inst.* 36). C'est ainsi que le possesseur de biens, et plusieurs autres successeurs, c'est-à-dire le *bonorum emptor* (948), et le fidéicommissaire à qui l'hérédité est restituée en

(1) *Text. hic.* Sauf quelques exceptions (V. *Scævol. fr.* 2, *de leg. jul. rep.*; *Caius*, 3 *inst.* 121).

(2) *Caius.* 4 *inst.* 111. Justinien, voulant effacer cette distinction du texte de Caius, supprime dans cette phrase *aliquando tamen*, les mots *imitantur jus legitimum*, qu'il remplace par ceux-ci *et in perpetuum extenduntur*. Il en résulte qu'en parlant des actions *quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent*, l'empereur semblerait désigner les actions prétoriennes en général, et notamment celles que l'on accorde au possesseur de biens.

vertu du sénatus-consulte trébellien (786), sont mis *heredis loco*, et en conséquence obtiennent les actions qui, d'après le droit civil, n'appartiennent qu'à l'héritier (V. *Caius*, 4 *inst.* 34 *et* 35; *Theoph. hic*). Ces actions, que l'on appelle fictives, sont perpétuelles comme les actions civiles qu'elles imitent (*text. hic; Caius*, 4 *inst.* 111).

1280. Sous Justinien, il n'existe plus, à proprement parler, d'actions perpétuelles, et cependant l'empereur conserve cette dénomination aux actions dont la durée n'a été limitée que dans le bas-empire. En effet, les constitutions des princes ont établi contre toute personne, excepté les pupilles, une prescription de trente ans pour toutes les actions soit personnelles, soit réelles, et spécialement pour l'action hypothécaire dont l'objet est sorti des mains du débiteur (1). Dans le cas contraire, cette action n'est soumise qu'à la prescription de quarante ans, établie par Anastase (*Anast. C.* 4, *de præscr.* 30 *vel* 40 *ann.*), comme dernière limite de toute action qui pouvait encore ne pas s'éteindre par le laps de trente ans, et spécialement appliquée par Justin (*C.* 7, *pr.*, § 1 *et* 2, *eod.*) à l'action hypothécaire dont l'objet se trouve encore en la possession du débiteur.

Lorsqu'on dit, avec notre texte, que la durée de toutes les actions a été limitée dans le bas-empire, on avance une proposition qui semble manquer d'exactitude à l'égard des actions réelles, et spécialement de la revendication qui a toujours été circonscrite dans les délais de l'usucapion ou du *longum tempus*. En réalité cependant la revendication n'avait point par elle-même de durée fixe. Cette action, qui appartient au propriétaire et à lui seul, lui appartenait toujours. Elle suivait la propriété, s'acquérait et se perdait avec cette dernière; et c'est précisément ainsi que l'usucapion, en transférant le *dominium*, rendait impossible une revendication qui avait existé, pour le précédent propriétaire, aussi longtemps que sa propriété même. Ainsi, dans ce cas, l'action réelle conservait toute la durée dont sa nature la rend susceptible. Pour nous montrer la revendication circonscrite dans un délai quelconque, il faudrait établir que, faute d'avoir agi plus tôt, un propriétaire, demeuré tel, ne pourra plus revendiquer une chose qui est encore sienne, contre un possesseur qui n'a point acquis la propriété. C'est précisément ce que nous voyons dans la constitution de Justinien: le possesseur qui détient depuis trente ou quarante ans peut maintenir sa possession, en repoussant le propriétaire ou le créancier hypothécaire; mais si la chose sort de ses mains, il ne pourra pas la revendiquer comme le pourraient, en pareil cas, ceux à qui la propriété aurait été transférée par usucapion ou par la possession *longi temporis* (2). La revendication ou l'action hypothécaire contre le nouveau possesseur appartient au maître ou au créancier, nonobstant l'exception victorieuse que leur aurait opposée le précédent possesseur, et que le détenteur actuel n'opposera lui-même qu'après avoir possédé pendant trente ou quarante ans (*Justinian. C.* 8, § 1, *de præscr.* 30 *vel* 40 *ann.*).

§ I.

1281. Les actions qui pourraient être données à une personne ou contre elle se donnent de la même manière à ses héritiers (3), parce qu'ils succèdent activement et passivement à tous les droits du défunt (V. *Papin. fr.* 11, *de div. temp.*). Toutefois cette règle générale ne s'applique véritablement qu'aux actions personnelles; car si les actions réelles, la revendication, par exemple, se donnent à l'héritier au contre lui, c'est plutôt comme propriétaire ou comme possesseur que comme représentant du défunt.

Parmi les actions personnelles, tant ci-

(1) *Honor. et Theod. C.* 3, *de præscr.* 30 *vel* 40 *ann.* Cette constitution est de Théodose le jeune; mais il est certain que la prescription trentenaire avait été établie antérieurement par Théodose-le-Grand. V. Cujas *ad codicem, h. t.*

(2) *Justinian. C.* 8, *pr. et* § 1, *de præscr.* 30 *vel* 40 *ann.* Il s'agit ici du possesseur de mauvaise foi; quant à ceux qui ont été de bonne foi au commencement de leur possession, ils peuvent, après avoir opposé la prescription de 30 ou 40 ans, revendiquer la chose passée en d'autres mains, sans doute parce qu'ils ont eu toutes les conditions requises pour acquérir par 10 ou 20 ans.

(3) A chacun ou contre chacun d'eux pour sa part héréditaire (V. *Dec. C.* 2; *Diocl. et Max. C.* 6, *de hered. act.*).

viles que prétoriennes (1), il faut encore distinguer les actions pénales qui s'éteignent par la mort du délinquant, parce que lui seul doit être puni (*text. hic; Ulp. fr.* 1, *de priv. del.; Caius*, 4 *inst.* 112 *et* 113; *fr.* 111, § 1, *de reg. jur.*). Aussi ne se donnent-elles point contre ses héritiers, si ce n'est jusqu'à concurrence des valeurs dont le délit les aurait enrichis; car le fait qui ne leur nuit pas, ne doit pas non plus leur profiter (*Pomp. fr.* 38, *de reg. jur.*; V. *Caius*, *fr.* 26, *de dol. mal.*; *Ulp. fr.* 16, § 2, *quod met. caus.*). Les mêmes raisons ne s'appliquent point à la personne envers qui le délit a été commis; aussi transmet-elle à ses héritiers le droit de demander les actions pénales, excepté l'action d'injures (*text. hic; Ulp. fr.* 1, *de priv. del.*; *fr.* 13 *et* 28, *de injur.*), et quelques autres actions également fondées sur le ressentiment et l'esprit de vengeance (*Ulp. fr.* 7, § 1, *eod.*; V. *fr.* 24, *de in jus voc.*), par exemple, l'action de testament inofficieux (*Ulp. fr.* 6, § 2; *fr.* 7, *de inoff. test.*).

1282. Aux actions pénales résultant des délits (*pœnales ex delictis*), Justinien oppose les actions résultant des contrats. La distinction aurait été mieux placée, peut-être, entre les actions pénales d'une part et les actions *rei persecutoriæ* de l'autre; car ces dernières, lors même qu'elles naissent d'un délit, se donnent contre les héritiers du délinquant (V. § 19, *de obl. quæ ex del.*, *Ulp. fr.* 7, § 2, *de condict. furt.*; *Paul. fr.* 6, § 4, *rer. amot.*; V. *Vinnius hic*); et si quelque contrat produit parfois une action mixte et conséquemment pénale, celle-ci ne se donne point contre les héritiers du débiteur (§ 17, *de act.*; *Ulp. fr.* 1, § 1; *Nerat. fr.* 18, *depos.*). Cependant, comme les actions résultant des contrats sont presque toutes *rei persecutoriæ* (*d.* § 17, *de act.*), il est vrai de dire, en règle générale, qu'elles se donnent contre les héritiers.

Justinien excepte le cas où le défunt aurait commis un dol dont l'héritier n'a pas profité. S'il s'agissait d'une action pénale et d'un délit, rien ne serait plus exact; mais on parle des contrats, et plusieurs textes déclarant expressément que les héritiers sont tenus, comme le défunt lui-même, à raison du dol que le défunt aurait commis dans l'exécution d'un contrat (*Ulp. fr.* 152, § 3; *fr.* 157, § 2, *de reg. jur.*; *Paul. fr.* 49; *Pomp. fr.* 12, *de obl. et act.*), et spécialement, quoi que dise Théophile, dans la conservation du dépôt ordinaire (*Ulp. fr.* 7, § 1, *depos.*). Aussi les paroles de Justinien, lorsqu'on ne les applique pas au dépôt nécessaire, sont-elles très-difficiles à expliquer; mais le texte primitif est beaucoup plus simple. L'exception faite par Caius (4 *inst.* 112) concernait les héritiers de l'adstipulateur et ceux du *sponsor* ou du *fideipromissor* (1021).

1283. Ainsi qu'on l'a dit en commençant (1278), l'action dont la formule a été délivrée passe aux héritiers du demandeur, comme à ceux du défendeur (*text. hic in fin.*; V. *Ulp. fr.* 26; *Paul. fr.* 33; *Calistr. fr.* 58, *de obl. et act.*), et subsiste indépendamment de toute limitation (*Caius*, *fr.* 139, *de reg. jur.*) tant que peut durer l'instance judiciaire (1298). Ce double effet de la LITIS CONTESTATIO (*si fuerint contestatæ*, *text. hic*; V. *Ulp. fr.* 26; *Paul. fr.* 33; *Callistr. fr.* 58, *de obl. et act.*) vient du changement qu'elle opère dans la position du défendeur. Son obligation primitive est remplacée par une obligation nouvelle, qui, plus tard, sera elle-même remplacée par une autre obligation résultant du *judicatum* (V. *Caius*, 3 *inst.* 180). Il est donc vrai que la *litis contestatio* opérait, du moins dans certains *judicia* (2), une novation très-avantageuse au demandeur (V. *Paul. fr.* 29, *de nov. et del.*).

Par suite du même principe, les anciens ont distingué par des expressions différentes

(1) *Actiones quæ aut* IPSO JURE *competunt aut* A PRÆTORE *dantur*. Il semblerait résulter de cette phrase que certaines actions sont données par le préteur, tandis qu'on aurait les autres de plein droit, c'est-à-dire, sans les demander à personne. Ce serait là sans doute un contre-sens; mais il est inévitable, lorsqu'on traduit IPSO JURE par *de plein droit*. IPSUM JUS, le droit par excellence, le droit proprement dit, le droit primitif, n'est rien autre chose que le droit civil, par opposition au droit honoraire (V. § 10, *de act.*; *Ulp. fr.* 9, § 1, *usufr. quemadm. cav.*). Ainsi les actions qui compètent *ipso jure*, sont les actions établies par le droit civil: les actions données par le préteur (*quæ a prætore dantur*) s'entendent ici des actions par lui introduites, et non pas des actions dont il délivre la formule; car, dans ce dernier sens, il les donne toutes.

(2) V. le § 5, *de except.*, et son explication.

les modifications que subit l'obligation du défendeur dans les diverses phases de la procédure. Ainsi, après la *litis contestatio*, celui qui préalablement devoit donner (*dare oportere*), doit être condamné (*coudemnari oportere*); et, après avoir été condamné, il devra exécuter le jugement (*judicatum facere oportere; Caius*, 3 *inst.* 181).

§ II.

1284. Ce texte, étranger à l'objet du titre qu'il termine, suppose une action donnée contre nn défendeur qui doit perdre sa cause, et qui serait inévitablement condamné, si le juge pouvait statuer immédiatement; mais entre le moment où l'action est donnée, *post acceptum judicium* (*Caius*, 4 *inst.* 114), et le moment où le juge prononce, *ante rem judicatam* (*Caius*, *ibid.*; *text. hic*), il s'écoule un intervalle dont le défendeur profite quelquefois pour satisfaire et désintéresser le demandeur. En pareil cas, que fera le juge? Le défendeur sera-t-il absous, parce qu'il a satisfait, on, en sens inverse, sera-t-il condamné, comme il devait l'être et comme il l'aurait été à l'époque où l'action a été donnée? Ce dernier système était suivi par les proculéiens, qui toutefois ne l'appliquaient ni aux actions de bonne foi, ni aux actions réelles. Les sabiniens, au contraire, rejetant cette distinction, pensaient que le défendeur doit toujours être absous, par cela seul qu'il aurait satisfait son adversaire *ante rem judicatam*; et, dans ce sens, ils disaient *omnia judicia esse absolutoria* (*Caius*, 4 *inst.* 114).

C'est leur opinion que consacre ici Justinien.

TITRE XIII.

DES EXCEPTIONS.

PP. ET § VI.

1285. Celui contre qui l'action est donnée peut toujours se défendre devant le juge par la contradiction qu'il oppose directement à l'*intentio*, en déniant ce que le demandeur affirme. Ainsi, dans la revendication, par exemple, la question étant de savoir si le demandeur est propriétaire, la défense consiste à soutenir que la chose revendiquée ne lui a jamais appartenu ou du moins ne lui appartient plus; la discussion s'établit donc librement sur les différens moyens d'acquérir, de conserver ou de perdre la propriété. Pareillement, dans les actions personnelles, le défendeur niera la dette, en soutenant que les conditions requises pour constituer l'obligation n'ont jamais été réunies, ou que l'obligation qui avait existé se trouve dissoute. Il pourrait donc alléguer, lorsqu'il s'agira d'un *mutuum*, que l'objet ne lui en a pas été remis, ou du moins qu'on ne lui en a pas transféré la propriété (957); et, lorsqu'il s'agira d'une stipulation, qu'elle est inutile pour une des causes précédemment expliquées (*liv.* 3, *tit.* 19), ou enfin que son obligation, quelle qu'elle soit, s'est éteinte par un paiement ou par tout autre moyen de libération (V. *liv.* 3, *tit.* 29).

La discussion établie sur ces différens points, par une action *in jus*, se renferme dans les limites du droit civil proprement dit, et cependant la prétention du demandeur (*ipsa persecutio qua actor experitur*), quoique fondée sur le droit civil (*licet justa sit, pr. h. t.*), pourrait se trouver contraire à l'équité (*tamen iniqua sit; d. pr.*); ou, en d'autres termes, quoique le défendeur soit civilement obligé, il pourrait être inique de le condamner, par exemple, si son consentement avait été surpris ou extorqué (V. § 1, *h. t.*): mais ces considérations d'équité sont inadmissibles devant le juge que son devoir astreint aux règles du droit civil (V. *pr., de offic. jud.*). Pour l'autoriser à statuer plus équitablement, il faudroit donc modifier son mandat; et on le modifiait effectivement en ajoutant à la question qui résulte de l'*intentio*, une question secondaire dont la condamnation dépendro comme d'une condition nouvelle. Ainsi l'action ordinaire, l'action pure et simple, disant au juge: *si paret dare oportere condemna*, le magistrat, sur la réclamation du défendeur, insérait souvent dans la formule cette clause (*si nihil in ea re dolo malo A Agerii factum sit neque fiat*), ou toute autre clause semblable, conçue en forme de condition négative, et appelée, par cette raison même, exception. (V. *Paul. fr.* 22, *h. t.*; *Caius*, 4 *inst.* 119).

1286. Cette modification, comme l'annonce notre texte, favorise la défense en lui donnant plus de latitude; car, en faisant insérer une exception dans la formule, celui contre qui l'action est donnée n'acquiesce point à l'*intentio* (*Marcel. fr.* 9, *h. t.*). Le demandeur doit toujours prouver sa prétention, et, s'il ne la prouve pas, le défendeur est nécessairement absous (*Anton. C.* 4, *de edend.*); mais, dans le cas contraire et malgré la justification de l'*intentio*, le défendeur conserve encore une chance d'absolution. La question qui résulte de l'exception, reste à examiner (V. *Diocl. et Max. C.* 9, *de except.*); et quoique, sur ce point, la preuve incombe au défendeur (*Ulp. fr.* 1, *h. t.*; *fr.* 9, *de prob.*), la possibilité même de prouver devient précieuse, puisque le juge, à défaut d'exception, ne s'occuperait pas des allégations étrangères à l'*intentio* et à la question qui en résulte.

Justinien indique ici, par forme d'exemple (V. § 6, *h. t.*), quelques-uns des cas où l'emploi d'une exception devient nécessaire.

§ I.

1287. On suppose d'abord une stipulation à laquelle le défendeur n'aurait répondu que parce qu'il était contraint par violence (*metu coactus*), surpris par dol (*dolo inductus*) ou tombé dans l'erreur (1). Le droit civil, qui se contente du consentement, sans examiner comment il a été produit, déclare cette stipulation obligatoire. Ainsi, lorsque le stipulant intentera la condiction (*dare oportere*) cette action amènera une condamnation indubitable (*efficax est*), si le préteur n'ajoute pas à la formule l'exception *metus causa*, l'exception de dol, ou une exception *in factum*.

Si, au contraire, le demandeur agissait par une action *bonæ fidei*, les exceptions dont on vient de parler seraient sous-entendues dans l'action même (*Ulp. fr.* 21, *solut. matr.*; *Julian. fr.* 84, § 5, *de legat.* 1°.; *Paul. fr.* 38; *Scæv. fr.* 58, *de hered. pet.*). En effet, les obligations d'où résultent les actions de bonne foi, sont nulles même d'après le droit civil (*ipso jure*; *Ulp. fr.* 16, § 1, *de minor.*), lorsque le consentement a été surpris par un dol sans lequel on n'aurait pas contracté (*Ulp. fr.* 7, *de dol. mal.*; *fr.* 16, *de minor*; *Paul. fr.* 3, § 3, *pro soc.*). Il ne faut donc pas généraliser les décisions que notre texte applique spécialement aux actions de droit strict.

1288. L'exception *metus causa* et l'exception de dol correspondent aux actions du même nom, et se donnent pour les mêmes causes (V. *Ulp. fr.* 9, § 3, *de eo quod met. caus.*; *fr.* 2, *de dol. mal. et met.*). Ainsi, de même que l'action *de dolo* s'exerce exclusivement contre l'auteur du dol, l'exception *doli mali* ne repousse que lui; on l'opposerait donc inutilement au demandeur, si le dol dont on se plaint n'était pas le sien. L'exception *metus causa*, au contraire, repousse le demandeur, quel qu'il soit, par cela seul qu'il y aurait violence, sans examiner quel en est l'auteur (2). Lorsque la violence n'est pas imputable au demandeur, ou lorsqu'on ne peut la lui imputer faute de preuves qui établissent sa culpabilité, il faut donc lui opposer l'exception *metus causa* plutôt que l'exception *doli mali* qui, dans le cas contraire, aurait le même résultat. En effet, quiconque use de violence, commet par cela même un dol; car le dol résulte de tous les actes contraires à la bonne foi, et, dans sa généralité, l'exception *doli mali* les comprend tous (V. *Ulp. fr.* 4, § 33, *de dol. mal. et met.*).

Il n'est pas nécessaire qu'une fraude quelconque ait été commise avant la *litis contestatio*, ou, comme le suppose notre texte, au moment du contrat; il y a dol dans la

(1) *Errore lapsus* (*text. hic*). Lorsque l'erreur tombe sur l'objet même de la stipulation, celui qui promet une chose pour une autre ne s'oblige pas (1006; § 23, *de inutil. stip.*) et conséquemment n'a besoin d'aucune exception; mais l'erreur dont il s'agit ici ne porte pas sur l'objet. Elle détermine à consentir; à promettre la chose stipulée, et le consentement qu'elle produit est aussi valable en droit civil que le consentement extorqué par violence ou surpris par des manœuvres frauduleuses. Aussi la stipulation est-elle valable, et l'action efficace (*text. hic*; V. *Ulp. fr.* 36, *de verb. obl.*; *Vinnius, hic*).

(2) Le préteur, en accordant l'exception de dol, en restreint toujours l'effet au cas d'un dol commis par le demandeur, *si nihil in ea re dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat* (*Caius*, 4 *inst.* 119; V. *Ulp. fr.* 2, § 1, *de dol. mal. et met.*); mais l'exception *metus causa* pose une question générale, celle de savoir s'il y a violence, sans examiner quel en serait l'auteur, *si in ea re nihil metus causa factum est* (*Ulp. fr.* 4, § 33, *eod.*).

persévérance même du demandeur qui s'obstineroit à exercer une action dont il aperçoit l'iniquité, et alors on peut lui opposer l'exception *doli mali* (*Ulp. fr.* 36, *de verb. obl.; fr.* 2, § 3 *et* 5, *de dol. mal. et met.; Papin. fr.* 12, *eod.*). C'est ainsi, entre autres exemples, que l'on repousse la revendication dans tous les cas où le propriétaire tendrait à s'enrichir des dépenses faites par un possesseur de bonne foi (378; § 30, 32, 33 *et* 34, *de div. rer.*). C'est ainsi que le débiteur du pupille, après avoir payé sans autorisation du tuteur, évite de payer une seconde fois, du moins pour tout ce dont le pupille aurait profité dans le premier paiement (510; § 2, *quib. alien.*). C'est ainsi pareillement que le promettant, lorsqu'il a répondu que par erreur (*errore lapsus, text. hic*), oppose l'exception de dol au stipulant qui voudrait profiter de sa méprise (*Scæv. fr.* 17; *Ulp. fr.* 4, § 3, *de dol. mal. et met.*).

1289. Souvent, au lieu de donner l'exception *doli mali*, le préteur met en question le fait même d'où résulterait le dol. Ainsi, par exemple, si le défendeur prétend que son adversaire avait promis de ne rien exiger, l'exception pourra être conçue dans les termes généraux, *si nihil dolo malo factum est neque fiat*, ou se référer spécialement au fait allégué *si non convenit ne ea pecunia peteretur* (*Caius*, 4 *inst.* 119; *Ulp. fr.* 2, § 4, *de dol. mal.*). Dans ce dernier cas, l'exception est *in factum* (*text. hic; V.* § 2, 3 *et* 4, *h. t.*), et alors il suffit de constater le fait spécial dont l'existence matérielle a seule été mise en question; tandis que, dans le cas contraire, le juge aurait non-seulement à constater le fait, mais en outre à l'apprécier et à le qualifier, pour décider s'il est ou non constitutif d'un dol. L'exception *in factum* suppose cette appréciation déjà faite par le magistrat qui a donné la formule, et le juge n'a plus à s'en occuper. Le choix entre l'exception de dol et l'exception *in factum* appartient au défendeur (V. *Ulp. fr.* 2, § 4 *et* 5, *de dol. mal. et met.*), lorsqu'il ne plaide pas contre un ascendant ou contre son patron; car alors, et par ménagement pour ces derniers, l'exception *doli mali*, comme l'action *de dolo*, se traduit toujours *in factum* (*Ulp. fr.* 4, § 16, *eod.; fr.* 11, § 1, *de dol.*).

§ II.

1290. La personne qui reçoit un *mutuum* s'oblige, et chacun le conçoit aisément. Si l'emprunteur est tenu de rendre, c'est parce qu'il a reçu : la cause de son obligation se trouve dans la somme qu'on lui a remise, et c'est précisément pour avoir cette somme qu'il s'engage à rendre plus tard une somme égale. Pareillement si l'acheteur consent à payer un prix, c'est pour avoir une chose, et si le vendeur consent à livrer, c'est pour obtenir un prix. Ce prix que doit l'acheteur, et qui par conséquent forme l'objet de son obligation, devient une cause pour celle du vendeur, et réciproquement l'objet que le vendeur s'engage à livrer, devient la cause des engagemens que l'acheteur prend relativement au prix. L'obligation de l'emprunteur, celles du vendeur et de l'acheteur, sont valables d'après le droit civil et d'après l'équité; mais dans les contrats verbaux, on ne voit pas aussi clairement pourquoi le promettant s'engage. Sans doute lorsqu'il a voulu faire une donation au stipulant, lorsqu'il a voulu, en se portant fidéjusseur d'un tiers, accomplir un mandat accepté, ou se rendre *negotiorum gestor*, le promettant trouve, dans sa libéralité ou dans son obligeance, une cause suffisante d'obligation; autrement, l'obligation qui ne serait motivée que par le fait même de la stipulation, serait une obligation sans cause, conforme au droit civil, mais contraire à l'équité. Aussi le débiteur serait-il protégé par l'exception de dol (*Ulp. fr.* 2, § 3, *de dol. mal. et met.*).

1291. Les stipulations intervenaient souvent à l'occasion d'un autre contrat, surtout à l'occasion du *mutuum;* et alors l'emprunteur se trouvait, pour un seul et même objet, obligé de deux manières, *re* à raison des espèces par lui reçues, et *verbis* au moyen de la stipulation (*Ulp. fr.* 9, § 3, 4, 5, 6 *et* 7, *de reb. cred.;* V. *fr.* 6, § 1, *de novat.; Paul. fr.* 126, § 2, *de verb. obl.*). Souvent aussi, la stipulation précédait la numération des espèces, et celles-ci n'étaient pas toujours réalisées. Alors le promettant n'ayant rien reçu, n'était pas obligé *re;* mais comme il avait répondu à la stipulation, il se trouvait obligé *verbis*. Telle est précisément l'hypothèse de notre texte; le demandeur réclame une

somme qu'il avait stipulée *quasi credendi causa*, et qui ensuite n'a point été remise au promettant (*neque numeraverit*). Celui-ci est obligé par la stipulation (*cum ex stipulatu tenearis*); mais obligé sans cause, et conséquemment contre toute équité. On lui donnera donc l'exception de dol (*Caius*, 4 *inst.* 116; *Ulp. fr.* 2, § 3, *de dol. mal. et met.*) ou l'exception *in factum*, dite *non numeratæ pecuniæ* (*text. hic; Ulp. fr.* 4, § 16, *eod.; Anton. C.* 3, *de non numer. pec.*).

Celui qui se serait obligé *litteris*, en se reconnaissant par écrit débiteur d'une somme qu'il n'a pas reçue, sera dans la même position (*pr.*, *de litter. obl.*), si toutefois on admet que cette reconnaissance, semblable sous ce rapport à la stipulation, produit par elle-même une obligation (1031).

1292. Le défendeur qui oppose une exception, allègue un fait, par exemple, une violence, un dol dont il aurait été l'objet, ou un pacte convenu entre son adversaire et lui (V. § 3, *h. t.*). Alors, conformément à la règle générale (*Paul. fr.* 2, *de prob.*), c'est à lui de prouver, parce qu'il affirme (696); mais lorsqu'il prétend n'avoir rien reçu, le défendeur nie au lieu d'affirmer. Aussi n'a-t-il aucune preuve à fournir; l'exception *non numeratæ pecuniæ* force le demandeur à prouver qu'il a compté la somme dont s'agit (*Anton. C.* 3; *Diocl. et Max. C.* 10, *de non numer.*; V. *Just. C.* 13, *eod.*); toutefois, lorsque le débiteur a laissé passer un certain temps sans se plaindre, son silence est considéré comme un aveu tacite de la numération, et l'exception n'est plus accordée. Le délai dont nous parlons a été étendu par Aurélius (*C. Gr.*, *de caut. et non numer.*) d'un an à cinq ans, et réduit par Justinien (*text. hic; pr.*, *de litter. obl.*; *C.* 14, *pr. et* § 3, *de non numer.*) de cinq années à deux.

§ III.

1293. Un créancier est convenu avec son débiteur de ne rien exiger. Lorsqu'on agira contre lui au mépris de cette convention, le débiteur aura besoin d'une exception, si l'on suppose, avec notre texte, une obligation que le pacte n'a pu éteindre, par exemple, celle qui résulterait d'un *mutuum* ou d'une stipulation; car les obligations consensuelles seraient dissoutes par le simple consentement (1114, 1116). La convention des parties suffit également pour rendre inefficace l'action *furti* ou l'action *injuriarum*, et cela *ipso jure*, c'est-à-dire en vertu du droit civil, parce qu'il existe, à cet égard, une disposition précise dans la loi des Douze-Tables (*Paul. fr.* 17, § 1, *de pact.*; V. *Pothier*, *pand. just. II, XIV*, 29).

En admettant donc une action de droit strict (*si paret dare oportere*), fondée sur une obligation que le droit civil considère comme toujours existante, malgré la convention des parties, le préteur accordera l'exception *in factum*, dite *pacti conventi* (*text. hic; Caius*, 4 *inst.* 116) ou l'exception de dol (1228).

§ IV.

1294. Le créancier qui propose et le débiteur qui accepte le serment volontaire sur la non existence de la dette, conviennent que le créancier n'exigera rien, si le prétendu débiteur jure ne rien devoir (*nihil se dare oportere*). Cette convention est un pacte conditionnel; on pourrait donc appliquer ici tout ce qu'on a dit sur le paragraphe précédent (V. 1192; *Ulp. fr.* 2, *de jurejur.*) et donner l'exception *pacti* (*Ulp. fr.* 25, *eod.*); toutefois il existe, pour ce cas particulier, une exception spéciale *in factum* dite *jurisjurandi* (*text. hic*).

Ainsi qu'on l'a dit précédemment (961), le préteur accorde cette exception, lorsque la prestation du serment est contestée (*Ulp. fr.* 9, *eod.*); car autrement, si le fait que l'exception met en question était avoué, le préteur refuserait l'action, et conséquemment le débiteur n'aurait pas à se défendre. En généralisant cette distinction pour l'appliquer aux autres faits qui peuvent devenir l'objet d'une exception, on comprend comment la même règle, et par exemple la prohibition du Sc. macédonien, donne lieu tantôt à un refus d'action (*denegatur actio*; § 7, *quod cum eo; Ulp. fr.* 1, *de sc. maced.*), tantôt à une exception qui suppose nécessairement l'action donnée (V. *Ulp. fr.* 7, § 4, 6, 7 *et* 8, *eod.*). C'est ainsi qu'en vertu du bénéfice de division établi par Adrien entre les fidéjusseurs solvables (1022, 1023), l'action demandée contre l'un d'eux pour la totalité est accor-

dée pour sa part, et conséquemment refusée pour la part des autres (§ 4, *de fidej.*), lorsque leur solvabilité n'est pas contestée; au contraire, s'il y a discussion sur ce point, l'action se donne pour la totalité, mais avec cette exception *si non et illi solvendo sint* (*Paul. fr.* 28, *de fidej.*; *Themis*, *t.* 6, *p.* 467).

1295. Jusqu'ici on a établi l'utilité de l'exception de dol et de plusieurs autres exceptions analogues contre les actions de droit strict. Elles sont également nécessaires contre les actions arbitraires, et conséquemment contre les actions réelles, notamment contre la revendication, lorsque le possesseur veut arguer du dol (§ 30, 32, 33 *et* 34, *de rer. div.*), de la violence (*Caius*, 4 *inst.* 117) ou du serment à lui déféré, dans le cas où il prétendrait avoir juré que le demandeur n'est pas propriétaire (*text. hic*; *Ulp. fr.* 11, *de jurej.*). Les mêmes exceptions ne sont pas moins utiles contre les actions *in factum* (V. *Ulp. fr.* 3, § 1, *eod.*); mais dans les actions de bonne foi, la clause *ex fide bona* rend superflues l'exception de dol et les autres exceptions fondées sur l'équité (1219). En cela elles diffèrent de l'exception de la chose jugée dont il nous reste à parler.

§ V.

1296. Le jugement des hommes n'est jamais infaillible, et par cette raison même il importe de tenir à une décision prise; car un examen nouveau de la même question ne garantirait pas d'une erreur nouvelle. La prolongation du litige et de ses incertitudes produirait, sans avantage réel, d'inextricables complications (*Paul. fr.* 6, *de except. rei jud.*). Enfin la multiplicité des procès serait, dans la société civile, un trouble permanent. On peut sans doute, lorsqu'on admet l'appel, établir que la cause, jugée en premier ressort, sera jugée une seconde fois par un tribunal supérieur; mais il faut nécessairement s'arrêter, et considérer comme exact, lors même qu'elle ne le serait pas (V. *Marcian. fr.* 65, § 2, *ad sec. trebell.*), une décision qui doit être finale. De là vient l'autorité de la chose jugée, qui peut n'être pas la vérité, mais qui en tient lieu : RES JUDICATA PRO VERITATE ACCIPITUR (*Ulp. fr.* 207, *de reg. jur.*; V. *Modest. fr.* 1, *de re jud.*).

La conséquence de ce principe est qu'après avoir agi contre une personne, il ne faut pas agir une seconde fois contre elle pour le même sujet. Aussi en délivrant une nouvelle action contre le défendeur qui aurait été absous, le préteur subordonne-t-il la condamnation à la non existence d'une décision antérieure, *si ea res judicata non sit* (*Ulp. fr.* 9, § 2, *de except. rei jud.*).

1297. L'autorité de la chose jugée, toute nécessaire qu'elle est, consacre souvent des erreurs, qui, malgré la preuve la plus évidente, deviennent irréparables. Ce principe rigoureux peut conduire à des conséquences iniques, et cependant l'exception *rei judicatae* les maintiendra toujours. Cette exception ne tend donc pas, comme les précédentes, à faire prévaloir l'équité et la bonne foi sur le droit strict : aussi n'est-elle pas, comme l'exception de dol et autres semblables, sous-entendue dans les actions de bonne foi. Nous la voyons, en effet, ajoutée à ces actions (*Anton. C.* 2, *de judic.*), comme aux autres, dans l'hypothèse bien entendu où le demandeur ne conviendrait pas que la chose a été jugée; car autrement toute action serait refusée (1294).

Mais, dans ce cas même, l'exception est-elle nécessaire? L'autorité de la chose jugée étant un principe fondamental du droit civil, son application n'entre-t-elle pas *ipso jure* dans l'office du juge? Elle y entrait toujours à l'époque où l'on procédait par les actions de la loi, époque où les exceptions étaient inconnues (*Caius*, 4 *inst.* 108). Mais dans le système des formules, toute allégation du défendeur qui ne combat point directement l'*intentio*, nécessite une exception : or la décision du juge sur une action *in factum* ou sur une action réelle, par exemple, sur une revendication, ne détruit ni le fait qui avait été mis en question, ni le droit et spécialement la propriété du demandeur. Lorsque celui-ci viendra de nouveau soutenir l'existence du même fait, ou se dira propriétaire du même objet, son *intentio* restera vraie, quoiqu'il ait succombé une fois. Aussi le défendeur, contre qui l'on aurait agi précédemment par une action *in factum* ou par une action réelle, ne peut-il se prévaloir de la chose jugée en sa faveur qu'au moyen d'une exception (*Caius*, 4 *inst.* 106 *et* 107). Il en serait de même pour les actions personnelles *in jus*, si l'obligation qui leur sert de base, subsistait encore ; mais nous avons vu que

la *litis contestatio* opère une novation (1113, 1283), et alors le défendeur que l'on poursuivrait de nouveau, n'a besoin d'aucune exception pour se prétendre libéré par cette novation.

1298. Toutefois on distinguait, à cet égard, les actions ou *judicia* qui *legitimo jure consistunt*, autrement dits *judicia legitima*, et ceux qui *imperio continentur* (1). Dans les premiers, l'obligation du défendeur poursuivi par une action personnelle *in jus* était toujours novée, et conséquemment éteinte par la *litis contestatio*. Aussi n'avait-on besoin d'aucune exception pour se défendre contre une nouvelle action (*Caius*, 3 *inst.* 181; 4 *inst.* 107). Dans les actions de la seconde classe, au contraire, il fallait obtenir une exception pour faire valoir l'autorité de la chose jugée même contre une action personnelle *in jus*, parce qu'il n'y avait pas novation (*Caius*, 3 *inst.* 180, 181; 4 *inst.* 106).

Sous Justinien, les distinctions précédentes n'étaient plus admissibles (2). Néanmoins le système du *judicium imperio continens* était moins étranger à Constantinople et à son empire tout provincial, que le système du *judicium legitimum* : aussi l'empereur a-t-il placé ici un texte qui déclare l'exception *rei judicatæ* indispensable même dans une action personnelle (*sive in rem sive in personam*), parce que l'obligation subsiste toujours (*nihilominus obligatio durat*).

1299. L'autorité de la chose jugée empêche, comme nous l'avons vu (1296), de renouveler un procès terminé. L'exception *rei judicatæ* profitera donc au défendeur dans tous les cas où l'action tendrait à ouvrir un nouveau débat sur la même question (*Ulp. fr.* 3; *fr.* 7, § 4; *Marcel. fr.* 19, *de except. rei jud.*), ou, comme le dit notre texte (*de eadem re*), sur la même cause, la même affaire. Or le procès n'est plus le même, lorsqu'il se renouvelle entre d'autres personnes (*Paul. fr.* 22; *Ulp. fr.* 7, § 4, *de except. rei jud.*); car la chose jugée pour ou contre une personne n'a d'autorité que pour ou contre elle (3) et pour ou contre ceux qui lui auraient succédé (*Ulp. fr.* 11, § 3, 9 *et* 10; *Pap. fr.* 28, *eod.*; *Anton. C.* 2, *de except.*), qui l'auraient représentée dans le procès (1268; *Ulp. fr.* 4, *fr.* 11, § 7, *de except. rei jud.*) ou qui se confondraient avec elle comme un père de famille avec les enfans soumis à sa puissance (*Ulp. d. fr.* 11, § 8, *eod.*). Entre les mêmes personnes, la question et par conséquent l'affaire ne sont plus les mêmes, dès qu'on ne demande pas tout ou partie de l'objet qu'on avait inutilement demandé (4). Enfin, entre les mêmes parties et relativement au même objet, l'affaire cesse encore d'être la même lorsque la nouvelle action soulève une question différente, par exemple, lorsqu'après avoir revendiqué, on agit par condiction (5); lorsqu'il existe, pour accueillir la prétention d'une partie,

(1) En ce sens que leur effet se conservait et cessait avec l'*imperium*, c'est-à-dire avec l'autorité du magistrat qui les avait donnés (*Caius*, 4 *inst.* 105), tandis que les *judicia legitima* avaient une durée fixe, limitée à dix-huit mois par la loi *Julia judiciaria* (*Caius*, 4 *inst.* 104). Il n'y avait *judicium legitimum* que dans Rome ou dans le premier mille autour de cette ville; et dans ce cercle même il fallait que l'action, donnée entre citoyens, renvoyât les parties devant un juge citoyen comme elles. Dans tout autre cas, la distance, la pluralité des juges et la qualité de *peregrinus*, soit dans le juge, soit dans l'une des parties, suffisait pour que le *judicium* fût *imperio continens* (*Caius*, 4 *inst.* 104, 105). Il n'importait, du reste, que l'action dérivât du droit civil ou du droit prétorien (*Caius*, 4 *inst.* 109).

(2) Il en existe des traces au Digeste (V. *Paul. fr.* 20, § 1; *fr.* 25, *de dol. mal.*). Dans le premier de ces deux textes, l'action *pro socio* est totalement éteinte; dans le second, elle subsiste, sauf l'exception *rei judicatæ*. Cujas a cherché une explication à laquelle on peut croire qu'il ne se serait pas arrêté, s'il avait connu les Institutes de Caius.

(3) RES INTER ALIOS JUDICATA ALIIS NON PRÆJUDICARE (*Macer.*, *fr.* 63, *de re jud.*). V. Ulpien (*fr.* 1, *de except. rei jud.*), Paul (*fr.* 16, *qui potior.*) et le titre du Code (*lic.* 7, *tit.* 60) INTER ALIOS ACTI VEL JUDICATA ALIIS NON NOCERE.

(4) *Ulp. fr.* 7, *pr. et* § 2; *Pomp. fr.* 21, § 1; *Afric. fr.* 26, § 1, *de except. rei jud.* Soit qu'il s'agisse d'un corps certain (*idem corpus*; *Ulp. fr.* 12, *eod.*), ou d'une quantité, ou d'une chose incorporelle (*idem jus*; *Paul. fr.* 13, *eod.*).

(5) *Paul. fr.* 31, *de except. rei jud.* En effet, il s'agit de savoir, dans la revendication, si le demandeur est propriétaire, et, dans la condiction, au contraire, si son adversaire doit lui conférer la propriété, SI PARET EUM DARE OPORTERE. Plusieurs textes accordent l'exception de la chose jugée contre le demandeur qui réclamerait de nouveau le même objet, fût-ce par une autre action (*Ulp. fr.* 5, *eod.*). Cette décision s'applique dans le cas où l'on aurait à choisir entre plusieurs actions concourant au même but; après avoir opté pour l'une de ces actions on ne peut plus revenir aux autres (V. *Julian. fr.* 8; *fr.* 25, § 1, *eod.*); car ce serait plaider de nouveau sur la même question, ce que ne doit pas faire, même en exerçant une action différente (*Ulp. fr.* 7, § 4 *et* 5; V. *fr.* 3, *eod.*).

ou pour condamner son adversaire, une cause (*causa petendi; Ulp. fr.* 13, *eod.*) à laquelle ne s'applique point la chose jugée, c'est-à-dire à l'égard des actions personnelles, une autre obligation (*Paul. fr.* 14, § 2, *eod.*), et, à l'égard des actions réelles, un droit nouvellement acquis au demandeur (1), ou une possession nouvellement passée au défendeur que l'on aurait absous précisément parce qu'il ne possédait pas (*Ulp. fr.* 9; *fr.* 18; *Caius, fr.* 17, *de except. rei jud.*). Dans ces différens cas, en effet, on peut, sans contradiction, condamner le défendeur qui aurait été absous, et réciproquement.

1300. L'existence de la chose jugée peut, comme celle du serment (1192), être controversée dans deux sens opposés, soit, comme nous l'avons admis jusqu'ici, lorsqu'elle est niée par le demandeur et affirmée par le défendeur qui prétend avoir été absous; soit, au contraire, lorsqu'elle est affirmée par le demandeur, et niée par la personne qu'il prétend avoir été condamnée. On accorde, dans le premier cas, l'exception *rei judicatæ*, et, dans le second, une action dont l'objet direct est précisément de savoir s'il y a chose jugée (*Macer. fr.* 1, *quæ sent. sine appel.*). Cette action, dite *judicati*, produit une condamnation au double (*Caius*, 4 *inst.* 9 *et* 171; *Paul.* 1 *sent.* 19).

§ VII.

1301. Le système des exceptions a été d'abord introduit par le droit prétorien, et ensuite adopté par le droit civil, comme celui des possessions de biens, que le préteur accorde quelquefois *ex legibus*, etc. (916). Aussi distingue-t-on ici les exceptions qui dérivent soit du droit prétorien lui-même (*ex ipsius prætoris jurisdictione*), comme l'exception de dol, l'exception *metus causa* (1288), soit des lois ou des autres parties du droit civil qui remplacent la loi (*legis vicem obtinent*), c'est-à-dire les sénatus-consultes et les constitutions.

Ainsi le fidéjusseur, contre qui le créancier agirait pour la totalité de la dette malgré le rescrit d'Adrien relatif au bénéfice de division (1022, 1023; § 4, *de fidej.*), n'évite une condamnation totale que par le moyen d'une exception (1294; V. *Papin. fr.* 51, § 1, *de fidej.*). C'est aussi par l'exception de dol, et en vertu d'un rescrit de Marc-Aurèle, que la compensation a été admise dans les actions de droit strict (1243; § 30, *de act.*). Plusieurs modifications apportées à l'IPSUM JUS, au droit primitif, par les sénatus-consultes, notamment par le Trébellien et le Macédonien, s'appliquaient également par voie d'exception (V. 786, 1294).

Les lois proprement dites, par exemple, la loi Falcidie (772) s'appliquent souvent *ipso jure*. Cependant on cite des lois dont les dispositions ne profitent au défendeur que par voie d'exception. Tel est notamment le bénéfice de cession, introduit par la loi Julia (1238), d'où résulte l'exception SI BONIS CESSERIT (§ 4, *de replic.*). On connait aussi l'exception de la loi Cincia, dont parlent les *fragmenta Vaticana*, n° 310, et à laquelle se réfère un texte de Paul (*fr.* 5, § 2, *de dol. mal. et met.*).

§ VIII ET IX.

1302. Les exceptions se divisent en péremptoires et dilatoires, ou, ce qui revient au même, en perpétuelles et temporaires (§ 8, *h. t.*). Les premières sont appelées péremptoires, non parce qu'elles repoussent péremptoirement l'action, mais parce qu'elles la repoussent toujours sans que le demandeur puisse les éviter (2), tandis qu'il éviterait les exceptions temporaires ou dilatoires (3), soit en agissant plus tard (V. § 10, *h. t.*), soit en agissant par telle personne plutôt que par telle autre (V. § 11, *h. t.*), et comme ces précautions laissent

(1) *Ulp. fr.* 11; § 4; *Paul. fr.* 14, § 2; *Julian. fr.* 25, *de except. rei jud.* Une seule et même chose peut servir d'objet à plusieurs obligations différentes et conséquemment être due plusieurs fois en même temps par le même débiteur au même créancier. Aussi, après avoir jugé que cette chose n'est pas due en vertu de telle obligation, peut-on juger, sans contradiction, qu'elle est due en vertu d'une autre obligation. En matière de revendication, il n'en est pas de même: nul ne peut acquérir ce qui lui appartient déjà (1205), et lorsqu'on se dit propriétaire, la question du procès embrasse toutes les causes d'acquisitions antérieures au litige, du moins lorsque le demandeur n'a pas spécifié en quelle qualité et à quel titre il prétend être déclaré propriétaire (*Paul. d. fr.* 14, § 2, *eod.*); mais celui qui aurait revendiqué en vertu de telle ou telle acquisition, peut, sans craindre l'exception de la chose jugée, plaider que le même objet lui était acquis par tout autre moyen (*Ulp. fr.* 11, § 2, *eod.*).

(2) *Semper locum habent nec evitari possunt* (*Caius, fr.* 3, *h. t.*; V. 4 *inst.* 121).

(3) *Non semper locum habent sed evitari possunt* (*Caius. ibid.*).

au défendeur un délai (*dilationem tribuunt*, § 10, *h. t.*), de là est venu le nom d'exceptions dilatoires. Cette division ne tient donc pas au résultat que produisent les différentes exceptions, mais à leur durée.

En effet, la distinction en perpétuelles et temporaires s'applique ici aux exceptions, comme elle s'est appliquée, dans le titre précédent, aux actions, en ce sens que les premières peuvent toujours être demandées au préteur et seront toujours insérées dans la formule, quelle que soit l'époque à laquelle le demandeur obtiendra son action, tandis que les exceptions dilatoires, susceptibles d'être insérées dans la formule que le demandeur obtiendrait avant telle ou telle époque, ne le seraient plus après. C'est ainsi que l'exception de dol est perpétuelle (§ 9, *h. t.*), parce qu'elle se donne et compète en tout temps, par opposition à l'action *de dolo* qui est temporaire (1).

Sont également perpétuelles ou péremptoires les exceptions qui résultent des lois, des sénatus-consultes (*Caius*, 4 *inst.* 121; *fr.* 3, *de except.*), et sans doute des constitutions. Telles sont aussi, parmi les exceptions prétoriennes, l'exception *metus causa*, et l'exception *pacti conventi* lorsque le demandeur sera convenu de ne jamais rien exiger, *ne omnino peteretur* (§ 9, *h. t.*; *Caius, ibid.*).

§ X.

1303. Dans le cas contraire, le créancier qui est convenu de ne rien exiger avant une certaine époque, par exemple avant cinq ans, n'aurait contre lui qu'une exception dilatoire, qu'il évitera en différant d'agir, c'est-à-dire de demander une action, jusqu'à l'expiration du délai convenu. Alors, en effet, l'action sera donnée sans exception; mais autrement l'exception jointe à la formule en paralyserait l'effet, et si le demandeur voulait agir de nouveau à une époque où l'exception dilatoire ne serait plus à craindre, il agirait encore inutilement parce que l'affaire dont il s'agit aurait déjà été l'objet d'un JUDICIUM (*rem in judicium deducebant, text. hic*), et que de là résulterait contre la seconde action une exception péremptoire dite *rei in judicium deductæ* (2).

1304. L'inobservation du délai accordé par un pacte postérieur au contrat, fournit au défendeur une exception (*text. hic*); celle du terme convenu dans le contrat même entraînait plus pétition (1232; § 33, *de act.*). Justinien, supprimant cette différence, veut que, dans l'un et l'autre cas, le demandeur puisse agir de nouveau, mais seulement après un délai double du premier, et après avoir remboursé à son adversaire les dépens du premier procès, le tout par extension d'une constitution de Zenon sur la plus pétition à raison du temps (1235; *text. hic in fin.*; § 33, *de act.*; *Zen. C.* 1, *de plus pet.*; *Justin. C.* 2, *eod.*).

1305. Les exceptions dilatoires sont en petit nombre. A l'exemple unique de notre texte, Caius (4 *inst.* 122) en joint deux autres qui sont également dilatoires *ex tempore* (*Caius, ibid.* 124), parce qu'on les évite en retardant l'action.

§ XI.

Il est d'autres exceptions dites *procuratoriæ* et *cognitoriæ*, auxquelles on s'expose lorsqu'on veut prendre pour *procurator* ou pour *cognitor* une personne incapable d'agir pour nous en cette qualité, tandis qu'on les éviterait en agissant par une autre personne ou par soi-même. Ces exceptions, puisqu'on peut les éviter, sont dilatoires, non pas *ex tempore*, comme les précédentes, mais *ex persona* (*text. hic*; *Caius*, 4 *inst.* 124; *Ulp. fr.* 1, § 4, *de except.*).

Parmi les causes qui empêchaient d'agir pour autrui comme *procurator*, sont le service militaire (*Alex. C.* 7, *de procur.*) et l'infamie soit du *procurator* lui-même, soit du constituant. En conservant le premier de ces deux empêchemens, Justinien

(1) 1231. L'exception est perpétuelle, lors même que l'action serait temporaire, parce qu'il ne dépend pas du défendeur que l'action soit intentée contre lui avant telle ou telle époque (*Paul. fr.* 5, § 6, *de dol. mal. et met.*; V. *Diocl. et Max. C.* 5 *et* 6, *de except.*). Et de là vient cette maxime: *temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum.*

(2) *Caius*, 4 *inst.* 121, 123. Théophile accorde l'exception *rei judicatæ* mal à propos; car, dans le cas même où le défendeur aurait été absous à cause du pacte, le juge n'aurait pas décidé que celui-ci ne doit rien. Il n'y aurait donc pas de contradiction à le condamner plus tard comme débiteur. Il est probable que Théophile a donné l'exception de la chose jugée pour ne pas nommer l'exception *rei in judicium deductæ* qui n'existait plus dans le bas-empire.

sanctionne la désuétude dans laquelle était déjà tombé le second.

TITRE XIV.

DES RÉPLIQUES.

PR.

1306. Le demandeur, auquel on oppose une exception, peut toujours y défendre, comme on défend à une action (1285), par la dénégation et la contradiction directe de ce que prétend son adversaire. Ainsi contre l'exception de dol, contre les exceptions *rei judicatæ* ou *pacti conventi*, le demandeur soutiendra qu'il n'a commis et ne commet aucun dol, qu'il n'y a ni chose jugée ni convention faite entre son adversaire et lui; mais si, au lieu de démentir l'exception, il voulait s'en garantir indirectement, en invoquant des circonstances prises en dehors de l'exception même, le demandeur ne devrait plus être entendu. En effet, il soulèverait alors une question nouvelle, que le juge ne peut et ne doit examiner qu'autant que le préteur aurait ajouté à la formule une condition spéciale dont la vérification, paralysant l'exception, empêcherait l'absolution du défendeur et reproduirait la nécessité d'une condamnation.

Cette addition (1) faite à la formule dans l'intérêt du demandeur s'appelle réplique (*text. hic*).

1307. Justinien donne un exemple facile à comprendre. Observons donc seulement que la nécessité d'une réplique vient de ce que l'exception est ici posée *in factum*, et conséquemment subordonnée à l'existence du premier pacte, c'est-à-dire à un fait matériel et inflexible que ne dément ni ne détruit l'existence d'un second pacte. Il en serait autrement si l'exception avait été posée *de dolo*; car alors le juge, devant apprécier tous les faits constitutifs du dol, apprécierait les deux conventions, et par elles la bonne ou la mauvaise foi des parties. La réplique serait donc inutile.

Voici un autre exemple. Une chose a été vendue et livrée *a non domino*; PRIMUS propriétaire agit en revendication contre SECONDUS acheteur qui est absous. Plus tard l'objet passe entre les mains de Primus, qui l'avait inutilement revendiqué, et Secundus agit à son tour par l'action publicienne, qui, dans ce cas, sera repoussée par l'exception *justi dominii*, si Titius prouve qu'il est propriétaire (1169); toutefois, la question de propriété étant déjà jugée entre les mêmes parties, ne doit pas être jugée de nouveau (1299). Sur cette question, si elle était soulevée comme question principale dans une revendication renouvelée contre lui, SECONDUS opposerait, au moyen d'une exception, l'autorité de la chose jugée; aussi lorsque la propriété, dans l'action publicienne, se trouve remise en question par l'exception même, Secundus doit combattre celle-ci et se prévaloir contre elle de la chose jugée, comme il s'en prévaudrait contre la revendication, c'est-à-dire par une exception qui, dans le cas particulier, se trouvant opposée à l'exception *justi dominii*, formera une réplique (2).

1308. La réplique, en effet, n'est rien autre chose qu'une exception opposée par le demandeur à l'exception du défendeur, une exception en sens inverse (*contraria exceptio*; *Ulp. fr.* 2, § 1, *de except.*), en un mot, l'exception d'une exception (*Paul. fr.* 22, § 1, *eod.*).

§ I, II ET III.

Les mêmes motifs qui nécessitent contre l'action une exception, et contre l'exception une réplique, nécessitent quelquefois contre la réplique une duplique (§ 1, *h. t.*), contre celle-ci une triplique (§ 2, *h. t.*) et ainsi de suite à l'infini; car on ne prévoit pas quelle pourrait être la dernière limite des questions que la formule poserait dans l'in-

(1) ADJECTIONE *opus est*, dit Caius (4 *inst.* 126, 127, 128); mais notre texte remplace *adjectione* par ALLEGATIONE (*Pr.*, § 1 *et* 2, *h. t.*), parce que dans le bas-empire on n'employait plus de formules.

(2) *Julian. fr.* 24, *de except. rei jud.* Observez qu'alors le juge aura trois questions à examiner, savoir: 1° la question principale qui résulte de l'action ou plutôt de son *intentio*; 2° celle qui est posée dans l'intérêt du défendeur, par l'exception en général, et, dans le cas particulier, par l'exception JUSTI DOMINII, *si non ea res ejus sit*, opposée à l'action publicienne; 3° enfin la question posée dans l'intérêt du demandeur par la réplique, question qui est ici celle de la chose jugée, *ot si res judicata non sit.*

térêt du défendeur et dans celui du demandeur alternativement.

1309. Toutefois les Pandectes, auxquelles nous renvoie Justinien (§ 3, *h. t.*), n'offrent aucune exception qui dépasse la duplique, et la duplique elle-même ne s'y trouve qu'une seule fois (1).

Dans cet exemple unique, c'est le dol du demandeur qui se trouve mis en question par la duplique, comme il l'est si souvent par l'exception proprement dite. Le dol du défendeur peut aussi devenir l'objet d'une réplique (*Ulp. fr.* 4, § 14, *de dol. mal. et met.; Sever. et Ant. C.* 2, *de judic.*), pourvu que celle-ci ne soit pas opposée à l'exception de dol; car, lorsque le dol a été réciproque, on croindrait, en punissant le défendeur, de récompenser son adversaire, et, pour qu'il ne profite point de la fraude commune, on lui refuse la réplique. Alors son action, paralysée par l'exception *doli mali*, reste sans effet (V. *Ulp. d. fr.* 4, § 13, *de dol. mal. et met.*).

§ IV.

1310. Les exceptions qui appartiendraient au débiteur principal sont accordées, même contre sa volonté (*Julian. fr.* 15, *de fidej.; Martian. fr.* 19, *de except.*), à ses fidéjusseurs et en général à tous ceux qui se seroient obligés pour lui (V. *Ulp. fr.* 32, *de fidej.; fr.* 9, § 3, *de sc. maced.*, *Diocl. et Max. C.* 11, *de except.*). Telle est du moins la règle générale, *plerumque* (*text. hic*); car plusieurs exceptions par lesquelles certains débiteurs, notamment ceux qui ont fait cession de biens (*text. hic in fin.*), obtiennent le bénéfice de compétence (1238, 1239), ne se donnent point aux fidéjusseurs (V. *Pompon. fr.* 24, *pr. et* § 1, *de re jud.*), soit parce qu'elles tiennent à la personne (*personæ cohærent; Paul. fr.* 7, *de except.*), soit parce que le bénéfice de compétence tient lui-même à une cause que la fidéjussion doit précisément garantir, c'est-à-dire à l'insolvabilité du principal obligé (V. *text. hic in fin.*).

Quant aux autres exceptions (*rei cohærentes; Paul. d. fr.* 7, § 1), comme elles tiennent à l'obligation plutôt qu'à la personne du débiteur, on les accorde à ceux qui seraient obligés pour lui, lorsque tel est l'intérêt du débiteur même (*Paul. fr.* 21, § 1, *de pact.*), c'est-à-dire lorsque ceux-ci pourraient recourir contre lui par l'action de mandat ou par l'action *negotiorum gestorum*; car, à raison de ce recours, le créancier qui agit contre le fidéjusseur agit indirectement mais virtuellement contre le débiteur même (*text. hic; Ulp. fr.* 29, *de recept. qui arb. rec.*). Aussi, dans tous les cas où ce recours n'aurait pas lieu, les exceptions qui appartiendraient au débiteur ne se donnent à aucun autre (*Ulp. fr.* 32, *de pact.; fr.* 9, § 3, *de sc. maced.*).

1311. Parmi les exceptions *rei cohærentes*, telles que les exceptions tirées du dol, de la violence, de la chose jugée, etc., etc., se trouve aussi l'exception *pacti conventi* (*text. hic*), ce qui suppose un pacte fait *in rem*, d'une manière générale et absolue, sans distinction de personnes (*Paul. fr.* 7, § 1, *de except.*), comme se fait ordinairement le pacte *de non petendo*. Quelquefois, au contraire, le créancier consent à ne rien exiger d'une certaine personne, c'est-à-dire de la personne même avec qui ce pacte est convenu (V. *Ulp. fr.* 7, § 8, *de pact.*); et alors la convention qui intervient entre le créancier et le débiteur, ne profite ni aux héritiers de ce dernier, ni aux personnes qui seraient obligées pour lui (*Paul. fr.* 25, § 1, *eod.*).

TITRE XV.

DES INTERDITS.

PR.

1312. Dans plusieurs circonstances (V. *Ulp. et Paul. fr.* 1 *et* 2, *h. t.*) et principalement lorsqu'il s'agissait de la possession des choses corporelles, ou de la quasi possession des choses incorporelles, le préteur interposait son autorité dans les contestations en donnant un ordre impératif ou pro-

(1) *Julian. fr.* 7, § 1, *de curat. fur.* Dans ce texte, comme dans celui d'Ulpien (*fr.* 2, § 3, *de except.*), la duplique est appelée triplique, sans doute à cause du rang dans lequel cette exception vient, en troisième ordre, après l'exception proprement dite, et après la réplique.

hibitif, conçu en termes solennels (1). C'est ce commandement ou cette défense que notre texte appelle *interdictum ;* et ce fut une question long-temps débattue de savoir si l'interdit terminait l'affaire dans laquelle il avait été rendu (2). La négative est certaine : les parties étaient renvoyées devant un juge avec une formule pour faire décider si l'une d'elles aurait contrevenu à l'interdit en faisant ce qu'il défend ou en ne faisant pas ce qu'il ordonne. Ce point ne peut plus souffrir aujourd'hui aucun doute (V. *Caius, 4 inst.* 141, 166); mais alors à quoi servait l'interdit? A créer un droit, une règle qui n'existait pas dans le droit commun, règle nécessaire à établir pour faire condamner ceux qui l'auraient violée ; aussi le préteur l'établissait-il par son interdit, mais seulement pour la cause et pour les parties entre lesquelles il était prononcé. En effet, le mot *interdictum*, que les anciens jurisconsultes dérivaient du verbe INTERDICERE pour l'appliquer exclusivement aux ordres prohibitifs(3), a été pris dans un sens plus général, et appliqué aux jussions comme aux prohibitions du préteur. Les unes et les autres s'appellent *interdicta,* parce qu'elles sont spéciales pour une contestation et pour les personnes que cette contestation divise, *inter duos dicuntur* (§ 1 *in fin.*). INTERDICTUM signifie donc *dictum inter duos* par opposition à l'EDICTUM que le préteur établit comme règle générale entre tous. Ainsi les interdits seraient, à proprement parler, des édits spéciaux, des édits personnels que l'on renouveloit chaque fois qu'une affaire semblable se représentait (4).

En effet, l'origine des interdits vient de la nécessité où ont toujours été les magistrats d'empêcher les rixes et de réprimer les actes de violence. La forme la plus ordinaire est celle-ci VIM FIERI VETO (5). Ils ont dû intervenir de cette manière long-temps avant l'époque où ils acquirent assez d'autorité pour ajouter au droit civil ou pour le modifier par des édits généraux ; et, lorsque ces derniers furent en usage, les préteurs s'en servirent pour statuer sur la possession comme sur d'autres matières, en établissant certaines règles et en promettant une action *in factum* contre quiconque les aurait enfreintes (V. *Ulp. fr.* 1, *ne vis fiat ei qui in poss.*); mais ils continuèrent à prononcer des interdits dans les contestations où cette marche avait été précédemment observée. Toutefois, afin d'en généraliser et même d'en régulariser le principe, ils promirent de prononcer dans telle ou telle circonstance tel ou tel interdit (V. *Ulp. fr.* 1, *de tab. exhib.*; *fr.* 2, *ne quid in loc. publ.*; *fr.* 1, *ut in flum. publ.*, *fr.* 1, § 29; *de aqu. quott.*).

1313. Le renouvellement successif d'un ordre ou d'une défense que le préteur ne refusait plus à personne, ne fut dès-lors qu'une formalité dont on s'affranchit plus tard en la considérant comme tacitement accomplie; et, quoique l'interdit n'eût pas été prononcé, on a fini par agir comme s'il l'avait été (§ 8, *h. t.*; V. *Diocl. et Max. C.* 3, *de interd.*). Aussi Justinien, dans notre texte, s'occupe-t-il moins des interdits que des actions qui les ont remplacés, *quæ pro his exercentur* (*text. hic*).

§ I.

1314. Les interdits qui consistent dans une défense, soit VIM FIERI VETO pour l'interdit *uti possidetis* dont il sera question au § 4, ou pour le cas d'inhumation cité dans notre texte (V. *Ulp. fr.* 1, *de mort. inf.*), soit simplement VETO ou NE FIAT pour les ouvrages entrepris sur un lieu sacré, sur la rive et sur le lit d'un fleuve navigable (*text. hic;* V. *Ulp. fr.* 1, *ne quid in loc. sacr.*; *fr.* 1, *de flumin.*), les interdits proprement dits de plusieurs jurisconsultes et notamment de Caius (*text. hic in fin.; Caius*, 4 *inst.* 140), s'appellent prohibitoires par opposition aux interdits impératifs que les mêmes jurisconsultes nommaient *decreta*, et qui sont dits restitutoires ou exhibitoires, selon que le préteur prescrit

(1) *Text. hic; Caius*, 4 *inst.* 139. V., au Digeste, liv. 43, les formules de différens interdits, et notamment celle-ci : UTI EAS ÆDES QUIBUS DE AGITUR, NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO AB ALTERO POSSIDETIS, QUO MINUS ITA POSSIDEATIS VIM FIERI VETO (*Ulp. fr.* 1, *uti poss.*; *Caius*, 4 *inst.* 160).

(2) V. les paratitles de Cujas sur le Code (liv. 8, tit. 2, *de interd.*), et *Janus a Costa* sur notre texte.

(3) Ils donnaient aux ordres impératifs le nom de DECRETA (§ 1, *h. t.*; *Caius*, 4 *inst.* 139, 140; V. *Ulp. fr.* 1, *de tab. exhib.*).

(4) Caius lui-même (4 *inst.* 141, 166) se sert du mot *edictum* pour désigner l'ordre donné par le préteur.

(5) Voyez, au Digeste, les différens titres du livre 43.

de restituer (RESTITUAS ; *Ulp. fr.* 1, *quorum bon.*) ou d'exhiber (EXHIBEAS; *Ulp. fr.* 1, *de hom. lib. exhib.*; V. *Ulp. fr.* 1, § 1, *h. t.*). De cette distinction dépendait, relativement à la procédure, une différence importante; car, lorsque les parties étaient renvoyées devant un juge par suite des interdits restitutoires ou exhibitoires, chacune d'elles pouvait demander une formule arbitraire, comme celles des actions réelles et celle de l'action *ad exhibendum* (1333, 1335), qui laisse au défendeur la possibilité d'être absous, en restituant ou en exhibant, *judicis arbitrio* (*Caius*, 4 *inst.* 142, 162, 163), et permet au demandeur de faire exécuter par la force publique la restitution que le juge aurait ordonnée (*Ulp. fr.* 68, *de rei vind.*).

1315. Notre texte cite deux exemples d'interdits restitutoires qui seront expliqués plus loin (§ 3 *et* 6, *h. t.*). Quant aux interdits exhibitoires, ils suppléent l'action *ad exhibendum*, que l'on intente dans un intérêt pécuniaire, pour obtenir l'exhibition des choses et des esclaves, mais non celle des personnes libres. Il faut donc, pour ces dernières, recourir à un interdit (*Caius, fr.* 13, *ad exhib.*); par exemple, lorsqu'un père de famille, que la puissance paternelle autorise à revendiquer ses enfans (*Ulp. fr.* 1, § 2, *de rei vind.*), veut préalablement se les faire représenter par la personne qui les retient chez elle (1).

§ II.

1316. Nous venons de voir une division générale (*summa* ; § 1, *h. t.*) qui comprend tous les interdits. Ici, au contraire, se présente une division spéciale pour les interdits relatifs aux intérêts privés. Ils ont tous pour objet la possession, mais les uns la font acquérir, tandis que d'autres la conservent, et d'autres enfin la font recouvrer. De là, une division tripartite (*text. hic; Caius*, 4 *inst.* 143; *Paul. fr.* 2, § 3, *h. t.*), dont les détails se trouvent dans les §§ subséquens.

§ III.

1317. On appelle pétition d'hérédité une action réelle (*Ulp. fr.* 25, § 18 ; *de her. pet.*) qui soumet au juge la question de savoir si telle hérédité appartient au demandeur (V. *Ulp. fr.* 9, *de except. rei jud.*). Elle est donnée contre la personne qui, ayant entre ses mains ou l'hérédité même ou des objets qui en dépendent, possède, soit PRO HEREDE, comme héritier, en ce sens, qu'elle se croit ou du moins se prétend héritier (*text. hic; Ulp. fr.* 9 *et* 11 *de hered. pet.*), soit PRO POSSESSORE, ou comme *prædo*, sachant bien qu'elle n'a aucun droit, mais retenant l'hérédité ou la chose sans se prétendre héritier, sans rien alléguer pour justifier sa possession, si ce n'est cette possession même (*text. hic; fr.* 9, 11 *et* 13, *eod.*). Dans ces deux cas, en effet, il suffit au demandeur de prouver qu'il est héritier; mais cette preuve ne servirait à rien contre un acheteur, contre un donataire ou toute autre personne qui fonde sa possession sur une cause d'acquisition particulière. Aussi, n'est-ce plus la pétition d'hérédité, mais la revendication qu'il faudrait intenter contre ce dernier (*Diocl. et Max. C.* 7, *de hered. petit.*; V. *Ulp. fr.* 13, § 1, *eod.*).

La pétition d'hérédité compète aux héritiers proprement dits; les successeurs prétoriens qui sont *heredis loco* (§ 2, *de bon. poss.*) ne peuvent donc pas employer cette action. Pour y suppléer, quiconque possédera PRO HEREDE ou PRO POSSESSORE quelque objet dépendant de l'hérédité, recevra du préteur l'ordre d'en remettre la possession aux personnes qui ont déjà le titre de *bonorum possessores*. Cet ordre constitue l'interdit QUORUM BONORUM (2), l'un de ceux qui tendent

(1) *Text. hic; Ulp. fr.* 1, *de lib. exhib.* Justinien cite deux autres exemples. Le premier, qui ne se retrouve dans aucun autre texte, concerne les personnes dont la liberté serait mise en question et que le préteur ordonne de représenter, sans doute au prétendu maître qui veut les faire déclarer esclaves, ou à ceux qui voudraient, au contraire, les faire déclarer libres (V. 1199). Dans le second (*de liberto exhibendo; Paul. fr.* § 2, *h. t.*; V. *Caius*, 4 *inst.* 162), il s'agit d'un patron qui, pour exiger les services que lui doit son affranchi (935), demande que ce dernier soit représenté par la personne chez laquelle il se cache. Ces deux interdits n'ont rien de commun avec l'interdit de *homine libero exhibendo* établi pour protéger la liberté individuelle, et accordé dans l'intérêt des personnes frauduleusement détenues lorsque la qualité d'homme libre ne leur est pas contestée, à quiconque veut se les faire représenter (V. *Ulp. fr.* 1, *pr.*, *et* § 1; *fr.* 3, § 7 *et* 9, *de hom. lib. exh.*).

(2) *Text hic; Caius*, 4 *inst.* 144. Les premiers mots de la formule ont servi de nom aux interdits

à faire acquérir une possession que l'on n'a jamais eue, et que l'on cite, pour cette raison, parmi les interdits *adipiscendæ possessionis causa* (*text. hic*; *Caius*, 4 *inst.* 144; *Paul. fr.* 2, § 3, *h. t.*); et cependant ce même interdit est restitutoire. Le préteur, en l'accordant, ordonne de restituer (§ 1, *h. t.*; *restituere debeat*, *text. hic*; *restituas*, *Ulp. fr.* 1, *quor. bon.*). C'est que le verbe latin RESTITUERE, pris ici dans un sens plus large que notre verbe restituer, signifie remettre la possession à autrui, soit qu'il s'agisse, pour ce dernier, d'acquérir ou de recouvrer. Aussi l'interdit QUORUM BONORUM est-il restitutoire, comme l'interdit UNDE VI (§ 1, *h. t.*).

1318. Il en est de même de l'interdit Salvien accordé au propriétaire d'un fonds rural (1) pour se faire mettre en possession des objets affectés par le colon au paiement des fermages (*text. hic*; *Caius*, 4 *inst.* 147). Cet interdit et l'action servienne (1178) ont tant de ressemblance qu'on ne peut s'empêcher d'apercevoir dans le premier l'origine de la seconde, comme si les préteurs avaient d'abord essayé par l'interdit Salvien, ce que plus tard ils ont établi d'une manière plus générale par les actions servienne et quasi servienne; de même qu'ils auraient préludé à l'action paulienne par l'interdit fraudatoire, qui a le même but (V. *Ulp. fr.* 1 *et* 10, *quæ in fraud.*). Cette observation s'applique aussi à l'interdit QUORUM BONORUM, que l'on peut considérer comme l'origine d'une action prétorienne établie en faveur du *bonorum possessor* sous le nom de pétition d'hérédité possessoire (V. *Ulp. et Caius*, *fr.* 1 *et* 2, *de poss. her. pet.*).

§ IV.

1319. La revendication qui existe pour le propriétaire lorsqu'il ne possède pas, contre le possesseur à qui la chose n'appartient point, la revendication sera impossible tant qu'on ne saura pas positivement auquel des contendans appartient ou doit appartenir la possession, à qui des deux elle assurera le rôle de défendeur en rejetant sur l'adversaire le rôle de demandeur et la nécessité de prouver sa propriété (*text. hic*; V. *Ulp. fr.* 1, *uti poss.*). Aussi, plutôt que d'intenter la revendication, ou même de continuer une revendication commencée, sera-t-il bon d'examiner si on ne pourrait pas, au moyen de quelque interdit, acquérir ou recouvrer la possession que l'on n'a point (*Caius*, *fr.* 24, *de rei vind.*; *Ulp. fr.* 12, § 1, *de adq. vel amitt. poss.*), et, à plus forte raison, conserver celle que l'on aurait. Il s'élève, en effet, de fréquentes et graves contestations sur le fait même de la possession dont chacun se prétend investi. Dans ce cas (*text. hic*; V. *Ulp. d. fr.* 1, *uti poss.*), le préteur maintient, au moyen de l'interdit UTI POSSIDETIS, ceux qui possèdent un héritage urbain ou rural au moment où l'interdit est prononcé, et au moyen de l'interdit UTRUBI ceux qui, par eux-mêmes ou par leur auteur, ont possédé pendant la majeure partie de l'année (*text. hic*; *Caius*, 4 *inst.* 149, 150, 151), en ce sens qu'ils ont possédé, dans l'année, plus longtemps que leur adversaire (*Lic. Ruf. fr.* 156, *de verb. sign.*; V. *Caius*, 4 *inst.* 152).

Plus tard, c'est-à-dire dans le bas-empire (2), on cessa de distinguer les meubles et les immeubles; et comme, au lieu de prononcer un interdit, on donnait alors une action utile (§ 8, *h. t.*), on se fixe au temps de la *litis contestatio*, pour maintenir celui qui possède à cette époque un objet quelconque (*text. in fin.*).

1320. Les interdits UTI POSSIDETIS et UTRUBI maintiennent la possession, lors même qu'elle est vicieuse ou *injusta* (V. *Caius*, 4 *inst.* 151; *Paul. fr.* 3, § 5; *Venul. fr.* 53, *de adq. vel. amitt. poss.*). On appelle ainsi la possession obtenue, soit de force, par l'expulsion d'autrui (*alium vi expulerat*, *text. hic*; V. *Paul.* 5 *sent.* 6, § 3 *et* 4), soit clandestinement, c'est-à-dire furtivement et à l'insu de ceux dont on

QUORUM BONORUM (V. *Ulp. fr.* 1, *quor. bon.*), UTI POSSIDETIS, UTRUBI (§ 4, *h. t.*; V. *Caius*, 4 *inst.* 160; *Ulp. fr.* 1, *uti poss.*) et UNDE VI (§ 6, *h. t.*; V. *Caius*, 4 *inst.* 154). L'interdit Salvien (*text. hic*) porte le nom de son auteur.

(1) Contre qui? Contre le débiteur seulement, dit l'empereur Gordien (*C.* 1, *de precar.*); contre tout possesseur, dit Théophile (V. *Julian. et Ulp. fr.* 1 *et* 2, *de salv. interd.*).

(2) *Hodie*, dit Justinien. La différence des deux interdits UTI POSSIDETIS et UTRUBI subsistait encore sous Dioclétien et Maximien (V. *fragm. vatic.* 293). Le texte d'Ulpien, tel qu'il existe au Digeste (*fr.* 1, § 1, *de utrub.*), est donc interpollé.

craignait la résistance (*clam arripuerat*, *text. hic*; V. *Ulp. fr.* 6, *de adquir. vel amitt. poss.*), soit précairement en sollicitant avec prières la permission de posséder, *precario rogaverat ut sibi possidere liceret* (*text. hic*; V. *Ulp. fr.* 2, § 3, *de precar.*). Ainsi le possesseur, malgré le vide de sa possession, sera préféré à tous ceux qui ne possèdent pas (*Paul. fr.* 2, *uti poss.*), excepté cependant aux personnes mêmes dont la possession seroit passée entre ses mains par force, par surprise ou par prière (*etiamsi alium vi expulerat*, etc., *text. hic*; V. *Pomp. fr.* 17, *de precar.*; *Ulp. fr.* 1, § 9, *uti poss.*). Bien loin, en effet, de maintenir contre ces personnes une possession vicieuse à leur égard, le prêteur la leur ferait rendre par un interdit restitutoire (1). Aussi, pour se maintenir par les interdits UTI POSSIDETIS et UTRUBI, faut-il posséder *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*, non dans un sens absolu, mais relativement à son adversaire, *ab adversario* (*text. hic*), *alter ab altero* (V. *Ulp. fr.* 1, *uti poss.*).

On conçoit aisément qu'une personne se mette en possession *vi* ou *clam*; mais, quant à la possession précaire, il est difficile de comprendre que, pour l'obtenir, on vienne prier un homme, comme on prierait une divinité. Telle est cependant la nature du *precarium*, d'être accordé aux prières d'une personne, pour qu'elle use de la chose tant qu'il plaira au concédant (*Ulp. fr.* 1; *fr.* 2, § 3, *de precar.*). C'est une sorte de bienfait qui peut toujours être révoqué, sans attendre l'expiration du terme qui aurait été convenu (2), en sorte que le concessionnaire reste dans la dépendance du concédant. Aussi le *precarium* tirerait-il son origine, suivant M. de Savigny, des concessions que faisaient anciennement les patriciens à leurs clients. Les textes nous montrent une possession précaire très-fréquemment accordée par le créancier au débiteur, dont il a reçu la chose en gage (*Ulp. fr.* 6, § 4, *eod.*); et lorsque le vendeur livre une possession précaire à l'acheteur qui n'a pas encore acquitté le prix de la vente (*Ulp. fr.* 20, *eod.*; *Alex. C.* 3, *de pact. inter empt.*), c'est encore un débiteur qui reçoit du créancier la chose que celui-ci retenait entre ses mains. L'utilité d'une semblable concession se faisait surtout sentir avant l'introduction des actions servienne et quasi servienne, lorsque le gage était nécessairement livré, ou même mancipé au créancier qui, dans ce dernier cas, devenait propriétaire (972, *Caius*, 2 *inst.* 60; V. *Paul.* 2 *sent.* 13).

Celui qui obtient le *precarium* possède (3). Examinons, à cette occasion, ce que signifient, dans la langue du droit, les mots possession et posséder.

1321. Posséder, dans le sens le plus étendu, c'est détenir; et, dans ce sens, M. de Savigny a distingué trois sortes de possessions, savoir : 1° la possession civile qui, d'après le droit civil proprement dit, c'est-à-dire d'après la loi des Douze-Tables, conduit le possesseur de bonne foi à l'usucapion. Pour posséder ainsi il faut détenir par soi-même ou par d'autres, mais toujours avec l'idée de la propriété, *animo domini*.

2° La possession proprement dite que le droit prétorien protège et garantit par des interdits, lors même qu'elle ne pourrait pas conduire à l'usucapion. Ainsi, dans le cas de donation entre époux, le donataire ne possède pas civilement; parce qu'il ne peut point usucaper (*Paul. fr.* 26, *de don. inter vir. et ux.*; *fr.* 1, § 2, *pro don.*) : cependant il possède (*Paul. d. fr.* 1, § 2, *pro don.*; *fr.* 1, § 4, *de adq. vel. amitt. poss.*), dans le sens pur et simple du mot

(1) Les interdits UNDE VI (V. § 6, *h. t.*) et *de precario* (V. *Ulp. fr.* 1, § 1, *de precar.*) pour les cas de violence et de précaire. La possession clandestine des immeubles donnait pareillement lieu à un interdit spécial qui existait encore au second siècle, du temps de Julien (V. *Ulp. fr.* 7, § 5, *comm. div.*); mais qui depuis est tombé en désuétude. En effet, l'occupation d'un étranger a paru insuffisante pour déposséder ceux qui, dans l'ignorance du fait, n'ont pas perdu l'intention de posséder (*Cels. fr.* 18, § 3; *Pomp. fr.* 25, § 2; *Papin. fr.* 46, *de adq. vel amitt. poss.*). On a pensé que cette intention suffit pour conserver leur possession *animo solo* (*Ulp. fr.* 3, § 7, *eod.*) jusqu'au moment où ils ont eu connaissance du fait (*Pap. d. fr.* 46). Observons, du reste, que, sur ce point, les jurisconsultes n'ont pas été unanimes (V. *Pomp. d. fr.* 25, § 2).

(2) *Ulp. fr.* 1; *Cels. fr.* 12, *de precar.* Le concédant obtient à cet effet un interdit, et même une action *præscriptis verbis* qui n'existait pas d'abord (*Ulp. fr.* 1, *pr.*, § 1 et 2; V. *Paul. fr.* 14; *Julian. fr.* 19, § 2, *eod.*).

(3) *Ulp. fr.* 4, § 1, *de precar.* Pourvu que la permission demandée et obtenue soit celle de posséder; car, lorsqu'on demande à rester sur un fonds (*ut in fundo moretur*; *Ulp. fr.* 6, § 2, *eod.*), on ne possède pas.

posséder. Cette possession proprement dite, lorsqu'on l'oppose à la possession civile, s'appelle quelquefois possession naturelle (*Ulp. fr.* 1, § 9 et 10, *de vi et vi arm.*), comme la dénomination d'enfans naturels, par opposition aux enfans adoptifs, désigne quelquefois les enfans nés des justes noces (V. *pr. et* § 7, *de adopt.*).

3° La possession purement naturelle des personnes qui détiennent sans aucune idée de propriété, comme l'usufruitier, le dépositaire, le commodataire, le colon ou le locataire, dont les textes disent, tantôt qu'ils ne possèdent point (§ 4, *per quas pers. nob. adq.*; *Macer. fr.* 15, § 1, *qui satisd. cog.*; *Ulp. fr.* 6, § 2, *de precar.*; *fr.* 9, *de rei vind.*; *Paul. fr.* 3, § 20, *de adq. vel amitt. poss.*), mais sont IN POSSESSIONE (§ 5, *h. t.*; *Caius*, 4 *inst.* 153; *fr.* 9, *de adq. vel amitt.*), tandis qu'un autre possède par eux (*Ulp. fr.* 12, § 3; *Pomp. fr.* 25, § 1; *Marcian. fr.* 37, *eod.*); tantôt qu'ils possèdent naturellement (*Pap. fr.* 49, *Ulp. fr.* 12; *fr.* 7, § 11, *eod.*).

Cette possession purement naturelle qui n'est point garantie par les interdits (1), n'est à proprement parler qu'une détention étrangère à l'idée de propriété qui caractérise la véritable possession. Cependant, ceux qui ont obtenu *precario* la permission de posséder, ont, ainsi que le créancier gagiste (2), quelque chose de plus qu'une possession purement naturelle, puisqu'on leur accorde les interdits possessoires, comme s'ils possédaient *animo domini* (*Ulp. fr.* 4, § 1, *de precar.*; V. *Julian. fr.* 36, *de adq. vel amitt. poss.*).

§ V.

1322. Nous avons déjà vu (402, 525) comment on possède on par soi-même, on par toute autre personne qui détiendrait pour nous, comme le colon, locataire, dépositaire, commodataire, etc. Dans ces différens cas, on conserve la possession, comme on l'acquiert, c'est-à-dire *animo et corpore*, par la volonté jointe au fait de la détention (*Paul.* 5 *sent.* 2, § 1; *fr.* 3, § 1, *de adq. vel amitt. poss.*); et, au contraire, on doit cesser de posséder dès que les deux conditions ne sont plus réunies, c'est-à-dire dès qu'on voudra ne plus posséder une chose que l'on détiendrait encore, ou dès qu'on n'aura plus en sa puissance la chose que l'on voudrait toujours avoir (V. *Pap. fr.* 44, § 2; *Paul. fr.* 3, § 13, *eod.*). Les textes, unanimes sur la première de ces propositions (*Paul. fr.* 1, § 4; *d. fr.* 3, § 6; *fr.* 30, § 4; *Ulp. fr.* 17, § 1; *fr.* 34, *eod.*), ne le sont pas également sur la seconde. Justinien déclare formellement que l'intention seule, toujours insuffisante pour acquérir la possession (*text. in fin.*), suffit pour la conserver. Cette règle s'applique, dans notre texte même, aux immeubles dont on s'éloigne momentanément pour y revenir ensuite (V. *Paul.* 5 *sent.* 2, § 1; *fr.* 3, § 11, *eod.*). Dans ce cas, et quoiqu'une autre personne occupe le fonds, l'absent continue de posséder *animo solo* (3), en ce sens qu'il a toujours l'interdit *uti possidetis* tant qu'il ignore le fait (4). La volonté de posséder nous conserve également, jusqu'au moment où une autre personne s'en saisira, la possession

(1) Ulpien (*fr.* 1, § 10, *de vi et vi arm.*) les refuse catégoriquement au colon; et si d'autres textes les lui accordent dans un cas particulier, c'est parce qu'il a véritablement acquis la possession en repoussant ou en expulsant le locateur (V. *Marcel. et Pap. fr.* 12 *et* 18, *eod.*). L'usufruitier et l'usager ont aussi les interdits, non pour la possession de l'objet corporel qu'ils détiennent sans le posséder, mais pour la quasi possession du droit, qui est chose incorporelle (*Ulp. fr.* 4, *uti poss.*; *fr.* 3, § 16 *et* 17, *de vi et vi arm.*).

(2) Relativement à l'usucapion de l'objet donné en gage, le créancier n'est qu'un simple détenteur, et c'est le débiteur qui possède; mais, pour tous les autres effets de la possession, c'est le créancier qui possède (*Javol. fr.* 16, *de usurp.*).

(3) Un texte de Paul, inséré deux fois au Digeste (*fr.* 8, *de adq. vel amitt. poss.*; *fr.* 153, *de reg. jur.*), semble décider que la possession ne se perd jamais que par le concours du fait et de l'intention. Telle serait, en effet, la décision de Paul, contraire à lui-même et aux autres jurisconsultes, si le mot UTRUMQUE signifiait toujours *l'un et l'autre*. M. de Savigny pense qu'il signifie *l'un ou l'autre*, parce qu'ici, comme dans un autre texte de Paul (*fr.* 8, § 13, *de grad.*), UTRUMQUE prend le sens de ALTERUTRUM et réciproquement, ainsi qu'on peut le voir dans Ulpien (*fr.* 1, § 3, *uti poss.*). Dans une constitution d'Antonin (*C.* 3, *comm. div.*) UTRISQUE signifie pareillement *l'un des deux*, *l'un ou l'autre*.

(4) Ainsi le décident, au troisième siècle, Papinien (*fr.* 46, *de adq. vel amitt. poss.*), Paul (*fr.* 3, § 8, *fr.* 7, *eod.*) et Ulpien (*fr.* 6, § 1, *eod.*) contre l'opinion de Labéon (V. *Ulp. fr.* 6, § 1, *eod.*) abandonnée, dès le second siècle, par les Sabiniens (V. *Caius*, 4 *inst.* 153; *Cels. et Pomp. fr.* 18, § 3 *et* 4; *fr.* 25, § 2, *eod.*).

d'un esclave qui aurait gardé l'esprit de retour (*Pap. fr.* 47, *eod.*), et même celle d'un esclave fugitif, précisément parce qu'il serait trop difficile à garder (*Ulp. fr.* 13, *eod.*); mais quant aux meubles inanimés ou dépourvus de raison, on en perd la possession dès qu'on ne les a plus en sa puissance (*Paul. d. fr.* 3, § 13; *Pap. d. fr.* 47, *eod.*). C'est ainsi, en effet, que l'on cesse malgré soi de posséder les objets perdus ou volés (1).

§ VI.

1323. Pour faire recouvrer la possession, le préteur accorde, pendant un an, l'interdit restitutoire UNDE VI aux personnes qui seraient expulsées (*vi dejectus*) d'un immeuble (*fundi vel ædium; text. hic*; V. *Ulp. fr.* 1, *pr.*, § 1 *et* 6, *de vi et vi arm.*) par la violence ou par la crainte d'un mal présent (*Ulp. fr.* 9, *quod met.*). Dans ce cas, la possession doit être restituée aux expulsés, quoiqu'ils l'eussent eux-mêmes enlevée ou surprise à leur adversaire ou obtenue de lui *precario* (2). Cette décision, que Justinien donne sans distinction, ne s'appliquait avant lui que dans le cas de violence à main armée (*Caius, 4 inst.* 155); dans le cas contraire, l'interdit UNDE VI, comme l'interdit UTI POSSIDETIS, ne protégeait pas ceux qui auraient possédé *vi*, *clam* ou *precario*, à l'égard de leur adversaire (*Caius, 4 inst.* 154.) Ceux que la violence ou la crainte détermine à livrer eux-mêmes la possession, n'ont pas cet interdit (*Ulp. fr.* 5, *de vi et vi arm.*), mais l'action *quod metus causa* (1217).

La possession des meubles n'eut rien de commun avec l'interdit UNDE VI (3) jusqu'au règne de Valentinien. Ce prince, sévissant contre l'auteur de la violence, veut qu'il restitue la chose, indépendamment de la propriété qu'il perdra, si elle lui appartient, ou de la valeur qu'il paiera dans le cas contraire (*text. hic*). Cette constitution relative à l'interdit UNDE VI (*Valent. et Theod. C.* 7, *unde vi*) le rend applicable aux meubles comme aux immeubles : c'est du moins ce qu'affirme Justinien (§ 1, *de vi bon. rapt.*).

Quant aux autres punitions que doit encourir l'auteur de la violence, voyez le § 8, *de publ. judic.* et son explication.

§ VII.

1324. Une troisième division des interdits les distingue en simples et doubles. Les interdits UTI POSSIDETIS et UTRUBI sont doubles (4), comme les trois actions FAMILIÆ ERCISCUNDÆ, COMMUNI DIVIDUNDO et FINIUM REGUNDORUM (*Caius, fr.* 2, § 1, *comm. divid.*), ou mixtes comme elles (*Ulp. fr.* 37, § 1, *de obl. et act.*), en ce sens que les parties sont toutes dans la même position, chacune d'elles étant tout à la fois demandeur et défendeur (*Julian., fr.* 10, *fin reg.*; V. 1211).

§ VIII.

1325. On ne parlera point ici des procédures auxquelles donnait lieu l'interdit rendu par le préteur, procédures très-com-

(1) *Ulp. fr.* 13, *de adq. vel amitt. poss.*, à moins qu'ils ne nous soient volés par notre esclave ; car le maître possède par les personnes placées sous sa puissance tout ce que possèdent ces dernières (520; *Caius, fr.* 12, *eod.*).

(2) *Licet ab eo qui dejecit vi vel clam vel precario possidebat* (*text. hic*). La force est autorisée contre la force, soit pour résister, soit pour reprendre la possession dont on serait déjà expulsé; mais pour cela il faut agir immédiatement, sans aucun intervalle (*Ulp. fr.* 3, § 9, *de vi et vi arm.*; V. *Paul.* 5 *sent.* 6, § 7).

(3) Ulpien (*fr.* 1, § 6, *de vi et vi arm.*), en donne pour motif l'existence des actions *furti*, *vi bonorum raptorum* et *ad exibendum*. Il faut observer que ces trois actions supposent un intérêt (1126, 1130, 1336), et dès-lors ne garantissent pas la possession considérée en elle-même. La véritable raison pour laquelle on ne donnait pas l'interdit UNDE VI à l'égard des meubles, serait donc, suivant M. de Savigny, que l'interdit UTRUBI suffisait pour recouvrer la possession, lorsqu'on avait soin d'y recourir assez tôt (1319).

Voyez, pour tout ce qui concerne la possession et les interdits, le traité de M. de Savigny *Das Recht des Besitzes*, ou du moins l'analyse qu'en a donnée la *Thémis*, *T.* 3, *p.* 224 *et* 415; *T.* 4, *p.* 334; *T.* 6, *p.* 345 *et* 468.

(4) *Text. hic*; *Caius*, 4 *inst.* 160; *Paul. fr.* 2, *de interd.* En accordant les interdits prohibitoires, les seuls qui puissent être doubles (*text. hic*), le préteur défend les voies de fait, *vim fieri veto*, sans nommer personne; mais toute générale qu'elle paraît, cette prohibition ne s'applique en réalité qu'aux parties contendantes, et à l'une d'elles seulement, dans les interdits simples. Dans les interdits doubles, la prohibition s'applique aux deux parties. C'est en ce sens que les interdits formulés *in rem* sont personnels par leur nature même, *ei ipsa*, dit Ulpien (*fr.* 1, § 3, *eod.*).

pliquées, comme on le verra dans les institutes de Caius.

Le silence de notre texte sur ce point est présenté comme une conséquence des changemens qu'avait éprouvés le système judiciaire, changemens contemporains de la révolution qui a déplacé le siége du gouvernement, et changé la religion de l'empire. En effet, le magistrat qui ouparavant ne statuait lui-même que sur un petit nombre d'affaires spéciales (V. *Ulp. fr.* 1, *pr.*, § 1 *et seqq.*, *de extraord. cogn.*), dut statuer directement sur toutes les causes, et ne plus donner de *judex* que par extraordinaire, c'est-à-dire lorsqu'il lui deviendrait impossible de suffire à la multiplicité des offaires. A ce changement opéré par Dioclétien et Maximien (*C.* 2, *de ped. jud.*), se joignit, sous Constantin (*C.* 1, *de form. et impetr.*), l'abolition complète des formules. De cette manière, l'exception fut changée en règle. La justice fut rendue *extra ordinem*, c'est-à-dire, comme on la rendait autrefois dans les cas exceptionnels dont la connaissance était réservée au magistrat (1). Les *judicia* devinrent tous *extraordinaria* (2).

Théophile (*pr.*, *de succ. subl.*; § 4, *qui et ex quib. caus.*) assure que la justice, tant que les *judicia* ont été *ordinaria*, ne se rendait pas toute l'année, mais seulement dans le cours limité d'une session qui se tenait en hiver sous le nom de *conventus*, et dont le dernier jour était réservé aux opérations du conseil de manumission dont on a parlé on premier livre (89; § 4 *qui et ex quib. caus.*). La vente en masse de tous les biens d'un débiteur par ses créonciers a cessé, suivant Justinien (*pr.*, *de succ. subl.*), avec les *judicia ordinaria*, et, suivant Théophile, avec le *conventus*; mais on n'aperçoit pas comment. Théophile est beaucoup plus satisfaisant, lorsqu'il attribue l'usage du *conventus*, ou plutôt son origine, aux habitudes mortiales des onciens Romains qui n'accordaient aux débats judicioires que lo saison pendant laquelle il faut laisser reposer les ormes.

TITRE XVI.

DE LA PUNITION DES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES.

PR.

1326. Les hommes plaident souvent pour le plaisir de plaider. Aussi les anciens fondateurs du droit (*qui jura sustinebant*) ont-ils toujours cherché à diminuer le nombre des procès (V. *Julian. fr.* 21, *de reb. cred.*; *Paul. fr.* 2, *de aqu. et aqu. pluv.*), en empêchant que l'on ne plaidât, soit comme demandeur, soit comme défendeur, avec trop de facilité (*facile*), c'est-à-dire sans motifs ou sur des motifs trop légers, *si ratio litigandi non fuit* (*Papin. fr.* 78, *de legat.* 2°).

Pour arriver au même but, Justinien oppose à la témérité des plaideurs une pénalité pécuniaire et quelquefois infamante, et le respect religieux qui s'attache au serment.

§ I.

1327. On appelle *calumnia*, l'esprit de chicane ou la movvaise foi d'une personne qui, pour vexer son adversaire, soutiendroit sciemment une mauvaise prétention, comptant, pour réussir, plutôt sur l'erreur du juge ou sur son injustice que sur la vérité (*Caius*, 4 *inst.* 178). A Rome, cette disposition malheureuse était réprimée, dans le défendeur, par différens moyens, notamment par le serment qu'il devait préter en jurant que sa résistance n'o pas lieu *calumniæ causa* (*Caius*, 4 *inst.* 172); mais cette garantie n'étant exigée qu'à défaut des autres, le serment n'était jamais déféré dans les actions dont la condamnation s'élève ou double (3), et, à plus forte raison, au triple ou quadruple (*Caius*, *ibid.*). Sous Justinien la garantie du serment devient universelle; il doit être déféré dans toute espèce de procès (*in omnibus litibus*, *C.* 2, *de jurej. propt. calumn.*; *omnibus conve-*

(1) Sous le nom de *cognitio extraordinaria*. Voyez, au Digeste, livre 50, titre 13.

(2) *Text. hic*; *Pr.*, *de succes. subl.* Voyez, à cet égard, un texte de Paul (*fr.* 47, § 1, *de negot. gest.*), notablement interpollé par Tribonien.

(3) Soit à cause de la résistance opposée par le défendeur, soit par la nature même de l'action (*Caius*, 4 *inst.* 171 *et* 172; V. § 26 *de act.*; *text. hic*). Observez que notre texte suppose des cas où la contradiction du défendeur éleverait la condamnation au triple (*adversus inficiantes.... dupli vel tripli actio*) ce dont on ne connait aucun exemple.

niuntur, text. hic), lors même que la condamnation s'élève au dessus du simple. Conséquemment, le défendeur qui ne veut pas être considéré comme acquiesçant, doit jurer que, s'il résiste, c'est parce qu'il croit à la bonté de sa défense, *se bona instantia uti* (*text. hic; d. C.* 2, *pr. et* § 7).

L'esprit de chicane était également réprimé, dans le demandeur, par plusieurs moyens, entre autres par une action *de calumnia*, accordée contre lui pour le dixième et quelquefois pour le quart du procès originaire, aux personnes qu'il poursuivait de mauvaise foi, lorsqu'elles ne préféraient pas le contraindre, comme on pouvait le faire dans toute action, à jurer qu'il n'agissait pas *calumniæ causa* (*Caius*, 4 *inst.* 174, 176). L'action *de calumnia* était tombée en désuétude au temps de Justinien qui la supprime, et ne laisse subsister que le serment *pro calumnia* (*text. hic*). En effet, le demandeur doit, à peine de déchéance, jurer qu'il agit, non par esprit de chicane (*calumniandi animo; d. C.* 2, *pr. et* § 6), mais parce qu'il croit à la bonté de sa cause.

Les avocats de l'une et l'autre partie doivent aussi prêter un long serment (*text. hic*) dont la formule nous a été transmise par Justinien (*C.* 14, § 1, *de judic.*).

1328. L'empereur veut en outre que les dépens du procès (*impensas litis*) et les autres pertes ou dommages (*damnum*) que le procès aura causés à la partie qui le gagne, lui soient remboursés par le mauvais plaideur (*improbus litigator*), c'est-à-dire par le vaincu, lors même qu'il n'aurait pas plaidé de mauvaise foi (V. *Justin. C.* 13, § 6, *de judic.*), et en cela Justinien n'établit précisément rien de nouveau (V. *Papin. fr.* 78, *de legat.* 2°; *Ulp. fr.* 79, *de judic.*; *Zen. C.* 5, *de fruct. et lit. exp.*).

§ II et III.

1329. [On] comprend facilement pourquoi les actions de vol, *vi bonorum raptorum*, d'injures et de dol sont infamantes contre le défendeur, non-seulement lorsqu'il est condamné, mais aussi lorsqu'il transige (*sed etiam pacti;* § 2, *h. t.; V. Ulp. fr.* 4, § 5, *de his qui not. inf.*) pour un prix quelconque (*Ulp. fr.* 6, § 3, *eod.*), et par cela même avoue un fait honteux (V. *Paul. fr.* 5, *eod.*); pourquoi, au contraire, les actions infamantes qui résultent de certains contrats, ne flétrissent le défendeur que lorsqu'il est condamné (§ 2, *h. t.; Paul. fr.* 7, *de his qui not. inf.*); pourquoi enfin, dans le cas même où l'action directe se trouve infamante parce qu'elle suppose un manque de foi, l'action contraire où il s'agit ordinairement (1) d'indemnités et de calculs, n'emporte aucune flétrissure (§ 2, *h. t.*).

Ajoutons seulement qu'il est ici question des défendeurs poursuivis en leur propre nom, pour un fait qui leur est personnel, et non de ceux qui défendraient au nom ou pour le fait d'une autre personne dont ils seraient tuteur, procureur ou héritier (V. *Ulp. fr.* 6, § 2; *Julian. fr.* 1, *eod.*).

Le § 3 ne contient rien qui ne soit expliqué ci-dessus (1197; V. 12, *de act.*).

TITRE XVII.

DES DEVOIRS DU JUGE.

PR.

1330. Le premier devoir du juge est de statuer conformément aux lois, aux constitutions ou à l'usage, c'est-à-dire conformément aux règles établies par le droit écrit ou non écrit; car les sénatus-consultes et les *responsa prudentum* sont tacitement compris dans cette énumération incomplète des sources du droit civil (V. *Modest. fr.* 19, *de appel.*; *Theop. hic*). Doit-on y comprendre également les édits prétoriens? Si l'on se rappelle que ces édits, malgré la grande autorité dont ils jouissaient, ne sont pas compris dans le droit civil proprement dit, dans l'*ipsum jus*, ou reconnaîtra que leur observation n'entrait pas directement dans l'office du juge. Aussi voyons-nous que, pour faire appliquer le droit honoraire, il fallait tantôt modifier la formule par une exception, tantôt recourir aux actions *in*

(1) *Ulp. fr.* 6, § 7, *eod.* Voyez cependant un cas où l'action *mandati contraria* suppose un manque de foi de la part du mandant, et alors devient infamante comme l'action directe (*Ulp. d. fr.* 6, § 5, *eod.*).

factum, pour ne pas poser une question de droit que le juge aurait nécessairement décidée d'après les règles du droit civil.

Telle est, on surplus, la sévérité de ce premier devoir imposé au juge, que sa décision, lorsqu'elle est directement controire aux principes du droit, reste nulle, indépendamment de l'appel qui devient inutile. Aussi, en pareil cas, peut-on débottre et juger de nouveau la même question, sans craindre l'autorité qu'obtient ordinairement lo chose jugée (V. *Modest. d. fr.* 19, *de appell.*; *Alex. C.* 2, *quand. prov. non est nec.*), et le juge qui a violé les lois encourt la déportation (*Paul.* 5 *sent.* 25, § 4 : *fr.* 1, § 3, *ad leg. cornel. de fals.*).

L'observation des lois est un précepte générol duquel dérivent ou auquel se joignent, pour certaines actions, des devoirs particuliers dont Justinien s'occupe dans les porographes suivans.

§ I.

1331. La loi des Douze-Tables, qui soumet le maître d'un esclave aux actions noxales, lui permet de se libérer en abandonnant le délinquont (1259, *Ulp. fr.* 6, § 1, *de re jud.*). Aussi (*ideo*), en pareil cas, le juge qui condamnerait le maître doit lui réserver expressément l'abandon noxal, et à cet effet prononcer une condamnotion alternotive, dont notre texte a conservé la formule.

L'alternative n'existe ici que pour le défendeur. Il pourra, s'il le veut, abandonner l'esclave; mais on ne l'y contraindra point, parce qu'il n'est point condamné à faire cet abandon qui reste purement facultatif. Le véritable et seul objet de lo condamnation, celui qu'on peut exiger du condamné, et pour lequel aurait lieu contre lui l'action *judicati*, c'est la valeur pécuniaire fixée par le juge (*decem aureos condemno*, *text. hic*; V. *Ulp. d. fr.* 6, § 1).

1332. En effet, toute condamnation est essentiellement pécuniaire, et lors même que le procès porte sur un corps certain, le juge ne condamne pas à remettre la chose, mais à payer une somme qu'il fixe par évaluation (*Caius*, 4 *inst.* 48), de manière que le montant de la condamnation soit toujours determiné, lors même que la formule aurait été donnée *de incerta quantitate* (1); car autrement, si l'on condamnoit le défendeur à payer ce qu'il doit, sans dire combien, la sentence, loin de terminer le litige, deviendrait au contraire lo source d'un nouveou procès (*Theop. hic.*; V. *Gordian. C.* 3 *et* 4, *de sent. quæ sine cert. quant.*).

L'empereur conserve ce dernier principe, du moins comme une règle générale que le juge doit observer autant que faire se pourra (*quantum possibile sit*; § 32, *de act.*), ce qui jette ici beaucoup de vague. Une modification, ou pour mieux dire une innovation plus positive, nous apprend que sous Justinien la condomnation n'est plus exclusivement pécuniaire; elle consistera en une somme d'argent ou en toute autre chose (*pecuniæ vel rei*; § 32, *de act.*), suivant l'objet pour lequel l'action aurait été intentée, parce que dans la bos-empire, où les formules n'existaient plus, on ne concevait pas même que la condamnation portât sur la valeur des choses au lieu de porter sur la chose même (V. *Justin. C.* 17, *de fideic. libert.*).

§ II.

1333. L'action réelle proprement dite, ou la revendication, n'offre rien de particulier dans l'hypothèse où le juge prononce contre le demandeur (*contra petitorem judicaverit*); car alors il faut, comme dans toute autre action, absoudre le défendeur. Dons le cas inverse, la condamnation du défendeur qui possède semblerait inévitable; mais comme l'action *in rem* est arbitroire, il reste encore une chance d'absolution pour le défendeur qui exécuteroit l'*arbitrium* (2).

(1) § 32, *de act.* Par exemple, *Quanti ea res erit, tantam pecuniam condemna*, ou *Quidquid ob eam rem dare facere oportet, tanti condemna* (*Caius*, 4 *inst.* 47 *et* 52) par opposition à la CONDICTIO CERTI : *Si paret decem dare oportere, decem condemna.*

(2) 1228. Ainsi le défendeur peut être absous lors même qu'on aurait jugé contre lui; et, en pareil cas, s'il invoquait l'exception de la chose jugée, il faudrait répliquer que la chose jugée ne l'a pas été en sa faveur (*Ulp. fr.* 9, § 1, *de exc. rei jud.*; *Martian. fr.* 16, § 5, *de pign. et hyp.*). C'est qu'en effet il ne faut pas confondre la chose jugée avec la condamnation ou l'absolution du défendeur. La première diffère de la seconde comme la cause de l'ef-

Cet *arbitrium*, qu'il ne faut pas confondre avec la condamnation, consiste ici dans un ordre par lequel le juge enjoint au défendeur (*jubere eum debet*) de restituer la chose même (*rem ipsam*) avec les fruits; et si le défendeur demande du temps, non pour traîner en longueur (*sine frustratione*), mais parce qu'il serait impossible de restituer immédiatement, le juge doit accorder un délai, pourvu toutefois que le défendeur donne la caution *judicatum solvi* (*pr., de satisd.*), en garantissant par fidéjusseur (*cum fidejussore*) le montant de la condamnation qui, à défaut de restitution dans le délai fixé, sera prononcée contre lui.

La restitution se fait volontairement par le défendeur qui a la chose entre les mains; elle pourrait même, dans ce cas, avoir lieu malgré lui, au moyen de la force publique (*manu militari; Ulp. fr.* 68, *de rei vind.*), et alors l'*arbitrium* se trouvant exécuté en partie, il y aurait condamnation pour le surplus seulement, par exemple pour les fruits. Si la restitution se trouve impossible, le défendeur subit une condamnation qui, en cas de dol de sa part, n'a d'autre limite que le serment *in litem* prêté par son adversaire, et qui, dans le cas contraire, se restreint à la valeur de l'objet. Il en est de même dans toutes les actions où l'*arbitrium* ordonne une restitution (*Ulp. d. fr.* 68, *de rei vind.*; V. *Marcian. fr.* 16, § 3, *de pign. et hyp.*).

1334. De la revendication Justinien passe à la pétition d'hérédité, pour établir, relativement aux fruits, une similitude complète (*eadem interveniunt*) ou presque complète (1) entre ces deux actions. Cette similitude semble réelle pour les fruits perçus *post inchoatam petitionem* (*text. hic in fin.*), ou, ce qui revient au même, *post litem contestatam*; car, à compter de ce moment, le possesseur ne peut plus être de bonne foi, et le juge doit lui faire tenir compte de tous les fruits qu'il aurait pu percevoir et de ceux qu'il a consommés (*text. hic in fin.*; *Paul. fr.* 4, § 2, *fin. reg.*; *Marc. Æl. Ant. C.* 1, *de petit. hered.*; *Diocl. et Max. C.* 22, *de rei vind.*).

Quant aux fruits du temps antérieur, on peut s'étonner de la comparaison établie par notre texte. En effet, il appartient au juge qui statue sur la pétition d'hérédité de faire rendre les fruits perçus avant la *litis contestatio*, parce qu'ils sont compris dans l'hérédité même ou dans l'universalité, qui est susceptible de s'accroître et s'accroît en effet de tous les fruits (*fructus augent hereditatem*; *Ulp. fr.* 20, § 3; *fr.* 25, § 20, *de hered. petit.*); mais au contraire, lorsqu'il s'agit d'un corps déterminé, les fruits qu'on en a séparés forment un objet distinct de la chose qui les a produits. Le juge qui statue sur la revendication de cette chose, ne peut donc rien ordonner à leur égard; et en effet, on a besoin, pour les obtenir, d'une action particulière (V. *Paul. fr.* 4, § 2, *fin. reg.*; *fr.* 15, *de fruct. et usur.*). D'un autre côté, et relativement au possesseur de bonne foi, s'il est vrai, en cas de revendication, qu'il ne tienne compte ni des fruits qu'il a négligé de percevoir, ni de ceux qu'il aurait perçus et consommés (V. *Paul. d. fr.* 4, § 2), dans la pétition d'hérédité, au contraire, il doit rendre, sinon tous les fruits, du moins tous les

fet; et cette cause se trouve au moins implicitement, soit dans la condamnation du défendeur lorsqu'il s'agit d'une action ordinaire, soit dans l'absolution, ou dans l'*arbitrium* des actions arbitraires : mais je pense que, dans tous les cas, soit avant de condamner ou d'absoudre, soit avant de rendre son *arbitrium*, le juge prononce explicitement sa décision sur la question résultant de l'*intentio*, et ce serait là précisément ce qu'on appellerait juger pour ou contre le demandeur (V. *Modest. fr.* 1, *de re jud.*; *Ulp. fr.* 25, § 2, *ad leg. aquil.*). Ainsi, par exemple, les textes distinguent tantôt si le juge a prononcé qu'un impubère avait pu tester valablement, et en conséquence que l'hérédité appartient à l'institué, ou si, au contraire, il a décidé en fait que le défunt avait accompli sa quatorzième année, et a, par ce motif, déclaré son testament valable (*Alex. C.* 2, *quand. proc. non est nec.*); tantôt si le défendeur absous, dans une action réelle, l'a été par tel motif plutôt que par tel autre, et spécialement parce qu'il ne possédait pas (*Ulp. fr.* 9 *et* 18, *de except. rei jud.*; *Caius, fr.* 17, *eod.*); tantôt si le juge a réprouvé la compensation opposée par le défendeur, ou s'il a simplement omis d'en tenir compte. Ces distinctions seraient impossibles si le juge, avant d'absoudre, avant de condamner et même avant de rendre son *arbitrium*, ne jugeait pas expressément la question de l'*intentio*, en prononçant, par exemple, dans une action réelle, que la chose revendiquée appartient au demandeur (*sive fuit judicatum hereditatem meam esse*; *Ulp. d. fr.* 9, *de except. rei jud.*).

(1) *Eadem ratio pene habetur.* Ce correctif s'applique aux fruits que le *prædo* ou le possesseur de mauvaise foi aurait négligé de percevoir, et l'on ne sait pas encore ce que signifie le mot *pene*. Théophile promet de l'expliquer dans un traité *de judiciis* qui ne nous est point parvenu.

profits qu'il en aurait tirés (*Paul. fr.* 40, § 1, *de hered. pet.;* V. *fr.* 28, *eod.*).

En accordant ces différences, je ferai remarquer, relativement à la première, que la comparaison de notre texte ne porte pas sur les fruits perçus par le PRÆDO (*si prædo fuerit*), mais sur les fruits qu'il a négligé de percevoir, c'est-à-dire sur des fruits qui n'ont jamais existé, et qui, par cette raison même, ne pourraient faire l'objet d'une action particulière. Ce n'est ici, à proprement parler, que l'appréciation d'une faute; et il n'est pas surprenant que cette appréciation tombe dans l'office du juge qui statue sur la revendication. Quant à la différence qu'on a signalée entre la pétition d'hérédité et la revendication intentées contre un possesseur de bonne foi, elle résulte d'un sénatus-consulte rendu sous Adrien (1); il ne serait donc pas impossible que notre texte, tiré d'un ancien jurisconsulte tel que Javolenus ou Julien, remontât, par sa rédaction, à une époque antérieure.

Quoi qu'il en soit, lorsque le juge statue sur la restitution des fruits en matière de revendication, c'est par un ordre antérieur à toute condamnation, c'est-à-dire par un ARBITRIUM (*jubere debet ut in rem ipsam restituat, cum fructibus*). Sous ce rapport, il n'y aurait aucune comparaison possible entre la revendication et toute autre action qui ne serait pas également arbitraire. Que devient donc la similitude établie, par notre texte, entre la revendication et la pétition d'hérédité? Il est vraisemblable qu'avant d'être définitivement rangée parmi les actions *bonæ fidei* (§ 29, *h. t.*), la pétition d'hérédité était arbitraire comme les autres actions réelles.

§ III.

1335. Ceux qui veulent exercer une action réelle (2) agiraient souvent au hasard, s'ils n'avaient pas auparavant examiné la chose pour vérifier son identité. Ils ont donc pécuniairement intérêt à se la faire représenter, et, à raison même de cet intérêt, une action personnelle dite *ad exhibendum* (*Ulp. fr.* 3, § 3, 4 *et* 9; *Caius, fr.* 13, *ad exhib.; Alex. C.* 1, *eod.*), contre toutes personnes à qui la possession ou même la simple détention rend l'exhibition possible (*Ulp. et Pomp. fr.* 3, § 15; *fr.* 4; *fr.* 5, *pr. et* § 1, *eod.*), et même contre celles qui se seraient mises par dol dans l'impossibilité d'exhiber (*Ulp. fr.* 5, § 2; *fr.* 9, § 2; *Pomp. fr.* 14, *eod.*; 508).

Cette action étant arbitraire, on s'occupe ici de l'*arbitrium;* ou, pour parler plus exactement, du *jussus*, par lequel le juge, après avoir reconnu l'intérêt que prétend avoir le demandeur, et conséquemment après avoir prononcé contre le défendeur, ordonne à celui-ci d'exhiber la chose (*Ulp. fr.* 1, *ad exhib.*), c'est-à-dire de la représenter au demandeur en le mettant à même de faire publiquement, par ses yeux et par ses mains, la vérification qu'il lui importe (*Ulp. fr.* 3, § 8, *de hom. lib. exhib.; Pomp. fr.* 246, *de verb. sign.*), et d'intenter ensuite l'action qui lui appartient (*Ulp. fr.* 2, *ad exhib.*); ce qui suppose que l'objet, lorsqu'il se trouve joint à un autre, en sera séparé et détaché (*Paul. fr.* 6, *eod.*; *fr.* 22, § 5, *de rei vind.*).

1336. Toutefois la représentation de la chose ne constituerait pas une exhibition suffisante, si, dans l'intervalle du litige, la résistance du défendeur avait fait perdre au demandeur un droit ou un avantage quelconque, et notamment l'action qu'il se proposait d'exercer après l'exhibition. Dans ce cas il faut, pour éviter la condamnation, que le défendeur exhibe, outre la chose même, ce qu'on appelle *causa* (*text. hic; Ulp. fr.* 9, § 7, *ad exhib.*); c'est-à-dire qu'il faut replacer le demandeur dans la position où l'aurait mis une exhibition immédiate, et conséquemment l'indemniser de tout ce que lui ont fait perdre, soit le dé-

(1) La veille des Ides ou le 14 de mars, pendant le consulat de J. Balbus et de J. Celsus (*Ulp. fr.* 20, § 6, *de her. pet.; M. Æl. ant. C.* 1, *de pet. her.*), c'est-à-dire l'an de Rome 882, et de Jésus-Christ 129.

(2) C'est surtout pour faciliter la revendication qu'a été introduite l'action *ad exhibendum* (*Ulp. fr.* 1, *ad exhib.;* V. *fr.* 3, § 6 *et* 10, *eod.*), qui du reste appartient en règle générale à quiconque serait pécuniairement intéressé à obtenir l'exhibition (*Ulp. fr.* 3, § 7; *Caius, fr.* 13, *eod.*), soit pour intenter ensuite une action réelle quelconque (*Ulp. fr.* 3, § 3 *et* 4, *eod.*), ou même certaines actions personnelles, par exemple une action noxale pour le fait d'un esclave dont on ignore le nom, mais dont on connaîtrait le maître. Le demandeur peut se faire représenter tous les esclaves de ce dernier pour reconnaître et désigner parmi eux le délinquant (*Ulp. d. fr.* 3, § 7, *eod.*). Toutefois, l'action *ad exhibendum* n'a lieu que pour les objets mobiliers (*Pothier, pand. just. X, IV.* 1).

faut d'exhibition, soit une exhibition tardive (*Ulp. fr.* 9, § 5, 7 *et* 8; *fr.* 11; *Paul. fr.* 10, *eod.*). Il foudra dooe tenir compte des fruits perçus pendont le litige (*medii temporis; text. hic;* V. *Ulp. d. fr.* 9, § 6 *et* 7, *eod.*); et si l'usucapion s'est acoomplie dons le même intervalle, commo le demandeur ne pourrait plus revendiquer, le défendeur doit, en exbibant l'objet dont il est dovenu propriétaire, consentir que la revendication qni sera intentée contro lui obtienne rétroactivement l'effet d'une revendication excreée avant l'usucapion (*Ulp. d. fr.* 9, § 6). Autrement l'exhibition serait inutile, et n'empêcheroit pas le défendeur d'être condamné (*text. hic*).

Ce qu'on vient do dire sur la *causa*, s'applique à la restitution des objets revendiqnés (V. *Caius*, *fr.* 18 *et* 20, *de rei vind.*), ainsi que les décisions de notre texte sur le délai qui peut être accordé au défendeur, sur la cantion qu'il doit fournir et sur la condamnation à laquelle l'exposerait le défaut d'exhibition ou de caution (V. *Paul. fr.* 12, § 5, *ad exhib.*).

§ IV ET V.

1337. Nous avons parlé précédemment des différentes parties dont se compose la formule, et entre autres de la *condemnatio*, qui confère an juge le pouvoir d'absondre le défendeur ou de le condamner pécuniairement (1159, 1332). Quelquefois co ponvoir do condamner nno personno so trouve combiné avec nn autre pouvoir sur certaines choses, celui de les adjuger à nne personne qui par-là en deviendra seule et uniqno propriétairo (V. § 7, *h. t.*); et alors la formule qui donne an jugo ce dernier ponvoir contient, indépendamment do la *condemnatio*, une autre partie dite *adjudicatio*. C'est ce qui arrive dans les trois actioos FAMILIÆ ERCISCUNDÆ (§ 4, *h. t.*), COMMUNI DIVIDUNDO (§ 5, *h. t.*) et FINIUM REGUNDORUM (1).

On examine ici comment le juge doit exercer le doublo ponvoir d'adjuger et do condamner.

L'action *familiæ erciscundæ* et l'action *communi dividundo* ont un bnt commun, c'est-à-dire le partage soit d'uno hérédité entre plusieurs cohéritiers, soit d'une ou plusieurs choses indivises entre plnsieurs copropriétaires. Lorsqu'il existe divers objets à partager, le juge doit adjuger chacun d'enx à tel ou tel des copartageans, en égalisant la valeur des lots antant que possible : mais commo on n'arrivo presqne jamais à établir ainsi un partoge parfaitement égal, le juge qui a fait les adjudications doit, ponr rétablir l'égalité, user du pouvoir de condomner; et il condamne, en effet, celui des copartageans dont le lot serait trop fort, à payer aux antres uno somme fixe (*certa pecunia*; § 4, *h. t.*; § 20, *de act.*; *Julian. fr.* 52, § 2, *famil. ercis.*).

Suivont les circonstances et la nature des objets à partager, on pent, sanf les condamnations nécessaires ponr quo chacun obtienne uoe volenr égale, diviser nn seul et même objet, par exemple, un fonds, et adjuger à chacnn des copartageans nne partie déterminée (§ 5, *h. t.*; *Ulp. fr.* 22, § 2, *famil. ercis.*); on même, lorsque la division est impossible ou trop difficile, adjuger à nne seule personne lo totalité de la chose ou des choses à partager (§ 5, *h. t.*; *Ulp. fr.* 55, *famil. ercis.*). Le juge pent aussi adjuger à l'un des copartageans la nue-propriété, et à l'autre l'usufruit du mémo objet; enfin, lorsqu'il adjuge différens héritages à différentes personnes, il peut établir entre cux uno servitudo qnelconque (*Ulp. fr.* 22, § 3, *famil. ercis.*; *fr.* 7, § 1, *comm. div.*; *Javol. fr.* 18, *eod.*).

1338. Voilà pour les choses à partager; mais les octions dont nous parlons ici s'appliquent encore à différentes obligations (V. *Ulp. fr.* 22, § 4, *famil. ercis.*) qui se forment entre cohéritiers on entre copropriétaires (1093; § 3 *et* 4, *de obl. quæ quasi ex contr.*), et, sous ce rapport, il n'est plus question d'adjuger; le *judex* n'a plus d'autre pouvoir que celui de coodomuer (V. § 4, *in fin.*).

(1) § 6 *et* 7, *h. t*; V. *Caius*, 4 *inst.* 39 *et* 42. Le mot adjuger (*hypothecam adjudicatam*; *Martian. fr.* 16, § 5, *de pign. et hyp.*) se trouve employé une fois, en parlant de l'action hypothecaire; ma alors il ne s'agit pas de transférer la propriété des objets ainsi adjngés, puisque le créancier adjudicataire ne peut pas les revendiquer (*Martian. d. fr.* 16, § 5).

§ VI.

1339. La limite respective des champs contigus qui appartiennent à différens propriétaires, est souvent incertaine; alors, en cas de contestation, l'action *finium regundorum* (1) charge le juge de rechercher la véritable limite, afin que les voisins, chacun de leur côté, conservent tout ce qui est en deçà et rendent au contraire tout ce qu'ils posséderaient au-delà. A cet effet, le juge doit s'éclairer par ses propres yeux, par l'inspection des anciens monumens et par le rapport des arpenteurs (V. *Ulp. fr.* 8, § 1; *Pap.* et *Paul. fr.* 11 et 12, *eod.*), et condamner celle des parties qui résisterait à l'ordre par lui donné, soit d'abattre un arbre ou une construction qui empiète sur la limite (*Paul. fr.* 4, § 3, *eod.*), soit d'arpenter les héritages (*text. hic. in fin.*) et probablement aussi de restituer le terrain usurpé (V. *Ulp. fr.* 8; *Modest. fr.* 7, *eod.*); car l'action personnelle *finium regundorum*, qui tient lieu de la revendication (*pro vindicatione est; Paul. fr.* 1, *fin. reg.*), a toutes les apparences, d'une action arbitraire.

Les condamnations que le juge peut avoir à prononcer comprennent aussi les délits commis par l'un des voisins *circa fines*, par l'enlèvement des pieds corniers (*arbores finales*), ou par la soustraction des bornes (*text. hic.*; V. *Paul. fr.* 4, § 4, *fin. reg.*).

1340. Jusqu'ici l'adjudication ne figure en aucune manière. Elle n'intervient en effet dans l'action *finium regundorum* que lorsqu'il y a nécessité d'adjuger, et conséquemment de transférer à l'un des voisins une partie quelconque du terrain qui appartient à l'autre, en indemnisant celui-ci par une condamnation prononcée contre le premier; mais il faut pour cela que l'on trouve utile de substituer aux limites actuelles d'autres limites plus apparentes et plus certaines (*text. hic; Ulp. fr.* 2, § 1; *Caius, fr.* 3, *fin. reg.*).

§ VII.

1341. La propriété des objets adjugés comme on vient de le dire (§ 4, 5 *et* 6) est immédiatement acquise à l'adjudicataire (*text. hic.*), indépendamment de toute tradition; parce que l'adjudication est, comme la tradition même, une manière d'acquérir et de transférer le domaine des choses *mancipi* ou *nec mancipi* (*Ulp.* 19, *reg.* 2 *et* 16; *fr.* 6, § 3, *de statulib.*).

1342. Dans l'action *finium regundorum*, l'effet translatif de propriété que l'on attribue à l'adjudication se conçoit aisément; quant aux deux autres actions où il s'agit simplement de partage, on n'aperçoit pas aussi clairement ce que peut acquérir chacun des copartageans, puisqu'il était déjà propriétaire de l'objet qu'on lui adjuge. Cet objet lui appartenait, en effet, mais pour partie seulement, c'est-à-dire pour la moitié, le tiers ou le quart; tandis qu'après l'adjudication ce même objet lui appartient pour la totalité: il y a donc acquisition réciproque, chacun ayant échangé la part indivise que ses cohéritiers ou ses copropriétaires avaient sur son lot, contre la part indivise qu'il avait lui-même sur le lot des autres. Dans le cas même où il s'agirait d'un seul objet, par exemple, d'un terrain que l'on divise en deux portions (V. § 5, *h. t.*), l'adjudication de l'un et de l'autre lot a encore tous les résultats d'un véritable échange. En effet, chacun des copropriétaires avait primitivement une fraction indivise, une moitié du tout et de chaque atome; et, pour cette moitié dans la totalité, il obtient la totalité d'une moitié distincte et déterminée. Cela est tellement vrai que l'hypothèque établie par l'un des copropriétaires sur sa part indivise, par exemple, sur sa moitié, subsiste après l'adjudication sur la moitié d'un lot et sur la moitié de l'autre.

TITRE XVIII.

DES ACCUSATIONS PUBLIQUES.

§ I.

1343. Parmi les procès criminels, on appelle *publica judicia* ceux qu'une loi spéciale a déclarés tels, en déterminant d'une

(1) On appelle *fines* ou *confinium* un espace de cinq pieds de largeur, qui, d'après la loi des Douze-Tables, devait rester vacant et par conséquent inculte entre les propriétés voisines (*Pothier, pand. just. X, I, 9; L. XVI, 52 et 98*).

manière précise les peines à infliger (V. *Mac. fr.* 3, § 3, *de prævar.*; *Marcian. fr.* 1, *de public. jud.*).

On les nomme *publica*, parce que le droit d'accuser et de poursuivre appartient, du moins en règle générale (*plerumque*), à toute personne (*cuivis e populo, text. hic*; V. *Ulp. fr.* 43, § 10, *de rit. nup.*; *Modest. fr.* 30, § 1, *ad l. c. de fals.*; *Constant. C.* 30, *ad l. j. de adult.*) qui ne serait pas formellement exceptée, comme le sont notamment les femmes et les pupilles, dans tous les cas où le fait ne les intéresse pas directement (V. *Mac.*, *Paul. et Herm. fr.* 8, 9, 10 *et* 11, *de accus.*).

C'est dans le même sens que les actions populaires (1150) prennent quelquefois aussi le nom d'actions publiques (*Paul. fr.* 30, § 3, *de jurejur.*).

PR. ET § XII.

1344. On concevra facilement qu'il existe pour les *publica judicia* une procédure spéciale qui n'admet point les actions (*pr.*, *h. t.*), c'est-à-dire les formules dont nous avons parlé précédemment (*pr.*, *de act.*), quoique le mot *actio* et le verbe *agere* ne soient pas inusités dans cette matière (V. *Ulp. fr.* 5, *si ex nox. caus.*; *Paul. fr.* 2; *Pap. fr.* 10; *Mac. fr.* 15, § 3, *ad sc. turpil.*).

Malgré la promesse de Justinien (§ 12, *h. t.*), ses Pandectes ne donnent aucun détail sur l'ancienne procédure, réglée, en grande partie du moins, sous le règne d'Auguste, par la loi Julia (*Paul. fr.* 4, *de testib.*; *fr.* 3, *de accus.*). Paul nous apprend que de son temps les anciennes formes étaient tombées en désuétude (1), en sorte que les *judicia publica* se jugeaient *extra ordinem*, quoique l'on continuât d'appliquer les peines primitivement établies par les lois (*fr.* 8, *de publ. jud.*), peines qui, dans la suite, ont été presque toutes modifiées et aggravées.

§ II.

1345. Dans le langage ordinaire, toute condamnation qui blesse l'honneur et attaque la considération des personnes est capitale, du moins d'après l'acception latine du mot *capitalis*; mais, dans le langage judiciaire, il n'y a de peine capitale que celle qui fait perdre au condamné la vie (*ultimo supplicio*), la liberté (*metallo*; 195) ou tout au moins les droits et le titre de citoyen (*aquæ et ignis interdictione vel deportatione, text. hic*; V. 234; *Modest. fr.* 103, *de verb. sign.*). Toute autre peine, et la relégation elle-même, ne serait pas capitale, parce qu'elle ne priverait pas la cité d'une tête (*Paul. fr.* 2, *de jud.*), c'est-à-dire d'un citoyen (194, 239).

Remarquez, dans notre texte, cette locution, *cætera si quam infamiam irrogant*, etc., locution doublement inexacte; car d'un côté plusieurs *judicia* dont nous avons parlé précédemment (1329; § 2, *de pœn. tem. lit.*) sont infamans, sans être *publica*, et d'un autre côté la condamnation résultant des *publica judicia* est toujours infamante (*Marcian. fr.* 7, *de public. jud.*).

§ III.

1346. Pour énumérer les *publica judicia*, Justinien cite directement les lois qui les ont établis (*publica sunt hæc, lex Julia*, etc.), comme s'il confondait le JUDICIUM avec la loi qui l'a constitué, l'effet avec la cause. Voyez, à cet égard, le texte de Macer (*fr.* 1, *de publ. jud.*).

Les attentats contre le prince et contre l'état (*rem publicam*) ont été punis par différentes lois (V. *Pothier, pand. just. XLVIII, IV*, 1), notamment par la loi des Douze-Tables (*Marcian. fr.* 3, *ad leg. jul. maj.*) et en dernier lieu par la loi Julia, dite MAJESTATIS, qui paraît avoir été proposée par Jules César. A l'interdiction du feu et de l'eau, seule peine infligée par cette loi (V. *Paul.* 5 *sent.* 29, § 1), on a substitué sous Tibère la peine de mort dont parle notre texte. Elle est encourue par ceux qui, sans avoir consommé l'attentat, ont essayé de le commettre (*moliti sunt*); car l'intention et le fait sont punis avec la même sévérité (*Arcad. et Honor. C.* 5, *ad l. j. majest.*), ce qui paraît établi comme règle générale pour tous les crimes (V. § 5, *h. t.*; 1351).

1347. Il n'en est pas de même pour cette autre décision qui, après le décès du

(1) Consultez, à cet égard, Brisson, *Select. ex jur. civ. antiq.*, *lib.* 2, *cap.* 1, et surtout Sigonius (*lib.* 2, *de judiciis*).

conpable, permet de poursuivre et de condamner sa mémoire (*text. hic*; § 5, *de hered. quæ ab int.*). C'est une exception au principe général que la mort éteint la poursuite criminelle (*Ulp. fr.* 11, *ad l. j. majest.*; *Marcian. fr.* 1, § 4, *de requir.*; *Paul. fr.* 20, *de pœn.*). Au surplus, cette exception, introduite sous Marc-Aurèle (1), s'applique limitativement au crime qualifié PERDUELLIO. On appelle ainsi, à cause du vieux mot *perduellis* qui signifiait ce qu'o signifié plus tard *hostis*, le crime de quiconque agirait contre sa patrie en ennemi déclaré, et notamment le crime des traîtres et des transfuges (V. *Pothier, pand. just. XLVIII, IV*, 2, 3 *et* 4). Dans tout autre cas, quoiqu'il y ait crime de lèse-majesté puni par lo loi Julia, la mort du coupable éteint les poursuites (*Ulp. d. fr.* 11).

§ IV.

1348. La loi Julia contre l'adultère, *de adulteriis coercendis*, la même qui prohibe l'aliénation du fonds dotal (504), a été portée sous le règne d'Auguste (*Ulp. fr.* 1, *ad l. j. de adult.*), l'an de Rome 736 ou 737. Cette loi statue notamment sur l'adultère proprement dit, sur une débauche que les expressions du texte et l'épithète *nefanda* désignent suffisamment, et sur le *stuprum*. On appelle oinsi le commerce qu'un homme entretiendrait, en dehors des noces ou du concubinat (121), avec une femme libre, célibataire on veuve (*Modest. fr.* 34, *eod.*; *fr.* 101, *de verb. sign.*), qui cependant vivrait honnêtement (*honeste viventem*), en ce sens que ses mœurs ne l'auraient pas avilie jusqu'à la rendre indigne du titre de *mater familias* (*Ulp. fr.* 46, § 1, *eod.*; V. *Pap. fr.* 8 *et* 10, *ad l. j. adult.*). En effet, lo fornication avec les esclaves et les femmes de mauvaise vie restait impunie (*Paul.* 2 *sent.* 26, § 16). On suppose ici un *stuprum* sans violence (*sine vi*) pour ne pas tomber dans le cas d'une autre loi Julia, dont s'occupe le § 8, *h. t.*

1349. La loi Julia, si l'on en croit notre texte, aurait fait périr par le glaive l'homme avec lequel l'épouse d'outrui a violé la fidélité conjugale (*temeratores alienarum nuptiarum*). Cependant il est certain que cette peine a été établie par Constantin (2). Auguste s'était contenté de confisquer le tiers des biens de la femme et la moitié des biens de son complice, en les reléguant l'un et l'autre dans deux îles différentes (*Paul*, 2 *sent.* 26, § 4; V. *Marcian. fr.* 5, *de quæst.*).

Justinien dons ses Novelles (*Nov.* 134, *cap.* 10) a conservé, contre l'homme, la peine de mort qui précédemment s'appliquait aussi à la femme (V. *Alex. C.* 9, *ad l. j. de adult.*). Quant à celle-ci, l'empereur veut qu'elle soit rasée et enfermée dans un monastère où elle restera toute sa vie, si son mari ne l'a pas reprise de son vivant et, ou plus tard, dans le délai de deux ans.

On ne sait précisément quelle peine la loi Julia avait portée contre ceux dont la débauche s'exerce *cum masculis*. Paul (2 *sent.* 26, § 12) nous les montre soumis a une peine capitale dès le troisième siècle, mais dans un cas particulier qui aggrave le crime. D'après une constitution de Théodose (*C.* 6, *C. Th.*, *ad l. j. de adult.*), ils devaient périr dans les flammes; Justinien (*text. hic*) a préféré la peine du glaive établie par Constantin (*C.* 31, *ad l. j. de adult.*).

Quant à la punition du *stuprum*, rien ne confirme ni ne dément les dispositions que notre texte attribue à la loi Julio.

§ V.

1350. La loi Cornélia, proposée par Cornélius Sylla, l'an de Rome 672 ou 673, la première ou la seconde année de sa dictature, punit ceux qui ont tué un homme, et même ceux qui, pour le tuer, portent un *telum*, c'est-à-dire un projectile quelconque (V. *text. hic*); elle punit également ceux qui auraient donné la mort par le poison (*venenis*) ou par des enchantemens (*susurris magicis*), et ceux qui vendent publique-

(1) Voyez, au Code (*lib.* 9, *tit.* 8), trois décisions qui terminent le titre *ad leg. Jul. majest.*

(2) *Constant. C.* 30, § 1, *ad l. j. de adult.*; *Just.*, *Nov.* 134, *cap.* 10. Pour que la paix des ménages ne fût pas inconsidérément troublée par les étrangers qui voudraient accuser une femme d'adultère. Constantin (*d. C.* 30, *pr.*) n'a conservé le droit d'accuser qu'au mari et à ses plus proches parens, c'est-à dire à son père et à ses oncles paternels ou maternels.

ment des substances vénéneuses (*mala medicamenta*). Aussi cette loi est-elle intitulée De sicariis (V., dans le texte, l'étymologie de ce mot) et veneficis (*Marcian. fr.* 1; *fr.* 3, *pr. et* § 5, *ad l. c. de sicar.*), et quelquefois de sicariis seulement (*text. hic; Ulp. fr.* 4, *eod.*); ce titre la distingue d'une autre loi Cornélia dont parlera le § 7.

1351. La loi ne punit pas ceux qui auraient tué sans le vouloir, et en sens inverse elle otteint ceux qui, sans avoir causé la mort, ont voulu la donner, et se sont préparés au meurtre (*cum telo ambulant, text. hic*), parce qu'en général on considère moins le résultat que l'intention. *Consilium enim cujusque, non factum puniendum est* (*Paul.* 5 *sent.* 23, § 3; *fr.* 7, *ad l. c. de sicar; Marcian. fr.* 1, § 3, *eod.*); et cette règle que les anciens jurisconsultes n'appliquaient point aux délits privés (V. *Caius*, 3 *inst.* 198; § 8, *de obl. quæ ex del.*), paraît générale pour tous les crimes (*Callistr. fr.* 14, *ad l. c. de sicar.*). Toutefois, on ne punit jamais la mauvaise pensée que l'homme peut concevoir et qu'il renferme en lui-même (*Ulp. fr.* 18, *de pœn.*); mais la volonté devient criminelle et punissable lorsqu'elle se manifeste par des préparatifs et des tentatives dont l'effet manque par cas fortuit. C'est du moins ce qui semble résulter du texte de Paul (*loc. cit.*) : *Cum id aliquo casu perpetrare non potuit*.

Quoi que dise notre texte, la loi Cornélia n'infligeait pas la peine de mort, mais seulement la déportation ou plutôt l'interdiction du feu et de l'eau (1). Toutefois la peine de mort existait déjà du temps de Paul (5 *sent.* 23, § 1; V. *Marcian. fr.* 3, § 5; *Modest fr.* 16, *ad l. c. de sicar.*).

§ VI.

1352. Parricidium ou *paris cædes*, signifiait primitivement le meurtre d'un homme par son semblable, et devenait alors synonyme d'homicide (*Festus*, v° *parici*; V. *Pomp. fr.* 2, § 23, *de orig. jur.*). D'après une autre étymologie (*patris* ou *parentis cædes*), ce mot, pris dans une acception beaucoup plus étroite, a désigné plus tard le meurtre du père ou d'un ascendant quelconque. Dans ce dernier sens, le parricide est devenu l'objet d'une disposition spéciale dans la loi Cornélia *de sicariis* (*Pomp. fr.* 2, § 32, *eod.*); disposition étendue par la Pompéia (2), de manière à comprendre le meurtre des père, mère et aïeux, des frère, sœur, oncle, tante, cousin et cousine, le meurtre d'un gendre et en général d'un allié en ligne directe au premier degré; enfin le meurtre des patron et patrone (*Marcian. fr.* 1, *ad l. p. de parr.*; *fr.* 3 *et* 4, *eod.*).

Le père meurtrier de ses enfans n'est pas compris dans cette énumération, sans doute à cause du droit de vie et de mort qui résultait anciennement de la puissance paternelle (*Voy.* toutefois Marcien, *fr.* 5, *eod.*); mais la loi a été appliquée au meurtre des enfans par la mère, ou par l'aïeul (*Marcian. d. fr.* 1) qui n'aurait point la puissance paternelle.

1353. Le coupable, dans ces différens cas, a toujours été puni de mort; cependant le supplice que détaille notre texte ne vengeait que le parricide proprement dit, c'est-à-dire le meurtre des père, mère ou aïeux (*Modest. fr.* 9, *pr. et* § 1, *eod.*). Ce supplice, usité chez les anciens Romains pour différens crimes, fut ensuite réservé aux parricides, sans leur être ni constamment ni exclusivement infligé (*Paul.* 5 *sent.* 24; *Modest. d. fr.* 9), jusqu'au moment où il fut rétabli par Constantin, dont la constitution (*C. de his qui par. vel liber.*), reproduite à peu de choses près par notre texte, punit le meurtre des enfans par le père, comme celui du père par les enfans.

La peine s'étend jusqu'aux étrangers qui auraient aidé à commettre le crime (*cujus dolo malo id factum est*), ou en auraient été conscii (*text. hic; Ulp. fr.* 6 *et* 7, *ad l. p. de parr.*), c'est-à-dire complices; car la simple connoissance du projet n'entraîne, contre ceux qui ne l'ont pas révélé, qu'une punition beaucoup plus légère, c'est-à-dire la relégation (V. *Scæv. fr.* 2, *eod.*).

§ VII.

1354. La loi Cornélia *de falsis* est aussi appelée *testamentaria*, parce que les pei-

(1) Voyez un texte d'Ulpien dans la comparaison des lois mosaïques (*tit.* 12, § 5).

(2) Ainsi appelée du nom de son auteur, Cn. Pompée, qui était consul l'an de Rome 701.

nes par elle établies contre les faussaires concernaient exclusivement le crime de faux, commis au sujet des testamens. Cependant notre texte et celui de Paul (5 *sent.* 25, § 1) disent expressément que la loi punit le faux commis dans un acte quelconque (*testamentum vel aliud instrumentum falsum*, etc.), parce qu'en effet les dispositions de la loi Cornélia sur les testamens ont été étendues aux autres actes, et notamment aux codicilles, par le sénatus-consulte Libonien (1).

La peine indiquée par notre texte, et la distinction qu'il établit d'après la condition du coupable, paraissent appartenir véritablement à la loi Cornélia (V. *Marcian. fr.* 1, § 13, *de l. c. de fals.*; *Paul.* 5 *sent.* 25, § 1).

Cette loi punissait aussi le crime de fausse monnoie (*Ulp. fr.* 9, *pr.*, § 1 *et* 2, *eod.*; *Paul. loc. cit.*), et de là vient que Cicéron l'appelle TESTAMENTARIA, NUMMARIA.

§ VIII.

1355. La loi Julia contre la violence (*de vi publica aut privata*) est-elle de César ou d'Auguste? A-t-il existé deux lois distinctes, l'une sur la violence publique, l'autre sur la violence privée? On l'ignore; mais il est certain qu'antérieurement il avait été porté deux autres lois sur le même sujet, savoir: la loi Plautia, en vertu de laquelle fut poursuivi Catilina, et une loi proposée par Pompée, à laquelle se réfère le plaidoyer de Cicéron *pro Milone* (V. *Pothier, pand. just. XLVIII, VI et VII*, 1).

Entre la violence publique et la violence privée, la distinction résulte, dans Justinien (*text. hic*; § 6, *de interd.*), de cette circonstance que l'une serait commise à main armée, et l'autre sans armes, ce qui ne concorde pas avec les anciens textes (*Paul.* 5 *sent.* 26, § 3; *Ulp. fr.* 2, § 1 *et* 2, *vi bon. rapt.*). Ils semblent distinguer si la violence blesse l'ordre public ou des intérêts privés (V. *Ulp.*, *Marcian. et Paul. fr.* 7, 8, 10 *et* 12, *ad l. j. de vi publ.*).

1356. Justinien conserve ici les peines établies par la loi Julia (*Ulp. fr.* 10, § 2, *eod.*; *Marcian. fr.* 1, *ad l. j. de vi priv.*; *Modest. fr.* 8, *eod.*; *Paul.* 5 *sent.* 26, § 1 *et* 3), malgré la constitution de Constantin (*C.* 6, *ad l. j. de vi publ. vel priv.*) qui avait remplacé la déportation par la peine de mort, peine que Justinien inflige spécialement au crime de rapt commis envers une femme mariée, et célibataire ou veuve, libre ou esclave d'autrui (*text. hic*; *C. de rapt virg.*).

§ IX.

1357. On appelle péculat le vol des deniers publics, sacrés ou religieux, vol puni par une loi de César ou d'Auguste, dite Julia *peculatus et de sacrilegis et de residuis* (2).

Le pillage et l'enlèvement des objets sacrés appartenant à l'état se nomme sacrilége. Au temps de Paul, c'est-à-dire sous Alexandre Sévère, ce crime était puni de mort (*Paul. fr.* 9, *pr.* et § 1; *Marcian. fr.* 5, *ad l. j. pecul.*).

Les comptables qui retiendraient indûment les deniers publics par eux perçus, sont soumis à la loi Julia *residuorum*, qui les oblige à payer un tiers en sus de la somme dont ils étaient débiteurs (*Marcian. fr.* 4, § 3, 4 *et* 5; *Paul. fr.* 2; *fr.* 9, § 6, *eod.*).

1358. Quant au péculat, la loi Julia le réprimoit par une peine pécuniaire du quadruple (*Paul.* 5 *sent.* 27; *Herm. fr.* 46, § 9, *de jur. fisc.*), remplacée, dès le temps d'Ulpien (*fr.* 3, *ad l. j. pecul.*), par la déportation, que Justinien conserve contre toute personne, excepté les fonctionnaires publics (*judices*, *text. hic*) qui auraient commis le péculat pendant la durée de leurs fonctions. Eux et leurs complices, et quiconque aurait sciemment reçu les deniers par eux soustraits, restent soumis à la peine capitale, c'est-à-dire, à la peine de mort établie sous Théodose (*text. hic*; *Honor.*, *Theod. et Arcad. C. de crim. pecul.*; *Grat.*, *Val. et Theod. C.* 5, C. Th. *ad l. j. repet.*).

(1) Voyez, dans la comparaison des lois mosaïques (*tit.* 8, § 6), un texte d'Ulpien qui se trouve aussi dans Pothier (*pand. just. XLVIII, X*, 5). Le sénatus consulte Libonien a été porté sous le règne de Tibère ou de Claude.

(2) Voy., au l. 48 du Digeste, la rubrique du tit. 13.

§ X.

1359. La loi Fabia ou Favia, dont on ignore l'âge et l'auteur, quoiqu'elle existât déjà au temps de Cicéron, punit les plagiaires, c'est-à-dire ceux qui, sciemment et de mauvaise foi (*Ulp. fr.* 1, *de leg. fab.*), recèlent, vendent, achètent, mettent ou tiennent dans les fers un citoyen romain, ingénu ou affranchi, et même l'esclave d'autrui (1).

Cette loi infligeait une peine pécuniaire que les constitutions ont remplacée, dès le temps de Paul (5 *sent.* 30, § 1), par des peines capitales ou par la relégation, suivant la condition du coupable. Telle est probablement la distinction à laquelle se réfère Justinien (*text. hic*), quoiqu'il ait conservé dans son code plusieurs constitutions de ses prédécesseurs qui infligent la peine de mort sans distinction (*Diocl. et Max. C.* 7; *Constant. C.* 16, *ad l. f. de plag.*).

§ XI.

1360. Nous avons déjà parlé de la loi Julia *de residuis* (1357).

AMBITUS est le crime des ambitieux qui répandent l'argent pour briguer les fonctions publiques. Depuis l'an de Rome 322, des lois nombreuses ont été portées sur cette matière; la dernière de toutes est la loi Julio, présentée par Auguste (V. *Pothier, pand. just. XLVIII, XIV*, 1). La peine qui est ordinairement de cent pièces d'or (V. *Modest. fr.* 1, § 1, *de l. j. de amb.*), s'élève quelquefois jusqu'à la déportation (*Paul.* 5 *sent.* 30; V. *Arcad. et Honor. C. ad l. j. de amb.*).

Les lois *de ambitu* ont été nécessaires sous la république, et tant que les magistrats furent élus par le peuple. Plus tard, ils ont été nommés par le prince, et alors la loi Julia s'est trouvée sans application IN CIVITATE; mais la répression fut encore utile dans les villes municipales IN MUNICIPIO (*Mod. fr.* 1, *pr. et* § 1, *de l. j. de amb.*).

1361. D'après la loi Julia *repetundarum*, portée par César dans son premier consulat (V. *Pothier, pand. just. XLVIII, XI*, 1), le fonctionnaire public qui, pour remplir, ou au contraire pour ne pas remplir son devoir en tout ou en partie, aurait reçu quelques valeurs (*Marcian. fr.* 1; *Venul. fr.* 4, *de l. j. repet.*; V. *Mac. fr.* 3, *eod.*), doit être condamné au quadruple (*Grat. et Val. C.* 1; *Theod. et Val. C.* 6, *ad l. j. rep.*), et quelquefois subir la déportation ou même la mort, suivant la gravité du crime (*Paul.* 5 *sent.* 28; *Mac. fr.* 7, § 3, *de l. j. rep.*).

1362. ANNONA signifie le froment et, par extension, tous les vivres. La loi Julia *de annona* impose une amende de vingt pièces d'or à quiconque en ferait hausser le prix (*Ulp. fr.* 2, *pr. et* § 1, *de l. j. de annon.*).

(1) V. *Hermog. fr.* 6, § 2, *de leg. fab*; Paul (5 *sent.* 30, § 1) et un fragment d'Ulpien dans la comparaison des lois mosaïques (*tit* 14, § 3).

FIN.

